

WILLEM VAN BOOM

Compensatie bij geboorteschade

Verschuivingen van aansprakelijkheid naar alternatieve
vergoedingsarrangementen¹

SAMENVATTING

Sinds de jaren zestig hebben alle westerse rechtsstelsels te maken met aansprakelijkheidsprocedures tegen artsen waarin ouders en hun gehandicapte kind schadevergoeding vorderen voor de schade die zij ondervinden door de geboorte van het kind. In beginsel maakt dit type claims gewoon onderdeel uit van het privaatrechtelijke beslissingskader, maar in bepaalde landen hebben rechters en wetgevers er op uiteenlopende gronden voor gekozen om deze claims buiten het aansprakelijkheidsrecht te houden. In sommige landen is zelfs een verschuiving opgetreden naar een op solidariteitsnoties gebaseerd alternatief vergoedingsarrangement.

De KNMG raadt in het *Kwaliteitsmanifest 2003* ook voor ons land in algemene zin een verschuiving aan naar een *no-fault* arrangement. Of daar voldoende grond voor bestaat, wordt wel betwijfeld. Wat betreft geboorteschade lijkt de situatie in Nederland vooralsnog in elk geval af te wijken van die welke kennelijk in andere landen bestaat. Van een nijpende maatschappelijke aanleiding voor stelselwijziging is nog niet gebleken, maar dat betekent niet dat er niet iets bijzonders aan de hand is met geboorteschade. Daarom is nader onderzoek wenselijk. Zo is meer inzicht nodig in het aantal gevallen van aansprakelijkheid voor geboorteschade, de schadelast die daarmee gemoeid is, het functioneren van de lokale markt voor medische aansprakelijkheidsverzekeringen, de verhouding tot de (financiering

van) gezondheidszorg, de kosten van afwikkeling van geboorteschade binnen het aansprakelijkheidsrecht, de financiële behoeften van families met gehandicapt geboren kinderen, en in hoeverre bestaande vergoedingsarrangementen naast het aansprakelijkheidsrecht deze behoeften nu al bevredigen.

INVENTARISATIE VAN DE PROBLEMATIEK

Geboren worden is niet zonder gevaar. Van de 190.000-200.000 baby's die jaarlijks in ons land worden geboren, hebben er bij geboorte 3.800-6.000 (2-3%) zodanige afwijkingen dat verpleging in het eerste levensjaar nodig is. Van alle gevallen van ernstige afwijkingen waren 14-15% diagnosticeerbaar voor de geboorte.² Onbekend is hoeveel van deze afwijkingen pas na de eerste 24 weken zwangerschap wordt gediagnosticeerd, en dus in hoeveel gevallen abortus wel of niet nog een optie was, maar duidelijk is wel dat het aantal gevallen waarin de afwijking op voorhand vastgesteld *kan* worden in de minderheid is.³ Een andere grote veroorzaker van dood en letsel is zuurstofgebrek: 3.200 neonatalen (waarvan \pm 120 rond de geboorte overlijden) kampen met ernstig zuurstofgebrek dat tot blijvend letsel aanleiding geeft.⁴

Deze getallen zijn omvangrijk. In vergelijking met andere medische verrichtingen is het risico van teleurstelling relatief groot. In veel gevallen betreft het een genetisch defect waar niemand verantwoordelijk voor gehouden kan worden of blijft de oorzaak simpelweg onbekend, maar in een klein aantal gevallen valt de arts – ik schaar voor het gemak gynaecoloog, obstetricus en verloskundige onder één noemer – verantwoordelijkheid toe te rekenen. Hoe groot deze categorie van vermijdbare geboorteschade feitelijk is, weten we niet.

Juridisch gezien zijn grofweg twee categorieën gevallen relevant: allereerst het geval waarin de dienstverlening van

de arts gemeten langs de maatstaf van de ‘goed hulpverlener’ – c.q. de ‘redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot’ – tekortschiet⁵ en het kind als gevolg daarvan schade oploopt – zoals bijvoorbeeld kan gebeuren als de arts niet adequaat optreedt bij een plotseling optredende verslechtering van de hartslag van de ongeborene, met als gevolg dat deze zuurstofgebrek ondervindt. In de tweede plaats is er de categorie van gevallen waarin de arts diagnosefouten maakt tijdens de zwangerschap en aldus bijvoorbeeld niet (tijdig) onderkent dat de vrucht ernstige afwijkingen heeft. Ik schaar deze beide gevallen onder de noemer ‘geboorteschade’, hoewel ik besef dat de term niet-medisch en niet-zuiver van aard is.

In sommige landen behoren verloskunde en gynaecologie – vaak met eerstehulp, anesthesie en chirurgie – tot de medische beroepen die het sterkst blootstaan aan aansprakelijkheidsclaims.⁶ Het is dan ook weinig verwonderlijk dat medici in deze specialisaties vaak een verband leggen tussen stijgende premies voor aansprakelijkheidsverzekeringen en een veronderstelde stijging van het aantal claims. En inderdaad is in sommige landen het aantal claims tegen verloskundigen en gynaecologen stijgende.⁷ Dát dergelijke claims worden ingesteld is overigens niet verwonderlijk, want ernstige afwijkingen bij neonatalen is zo ongeveer de duurst denkbare letselschadecategorie.⁸ Een pasgeborene met een blijvende ernstige afwijking zal voor de rest van zijn of haar leven behoefte hebben aan medische hulp, hulp bij alledaagse activiteiten, aangepaste huisvesting en ondersteuning. Daar komt bij dat het kind vanaf het 18de levensjaar niet het inkomen zal verwerven dat een gezond kind zou hebben verworven. De familie zal bovendien vaak inkomen opgeven om mantelzorg te kunnen geven.⁹

De financiële gevolgen kunnen dus ingrijpend zijn. In veel landen is er geen (adequaat) sociaal vangnet dat deze kosten opvangt. De behoefte aan het aansprakelijkheidsrecht als vergoedingsbron is daar dan duidelijk aanwezig.

Dat stelt obstetrici in dit opzicht meer bloot aan claims dan – laten we zeggen – geriatrici. In ons land is dat contrast wellicht minder groot, omdat veel van de financiële gevolgen van geboorteschade in ons land worden opgevangen door zorgverzekering, AWBZ, WVG, WAJong, en straks WMO.¹⁰ Maar lang niet alle schade en lang niet volledig.

Hoe dat ook zij, waar ook ter wereld zal waarschijnlijk geen van de getroffen families werkelijk vrijwillig tot aansprakelijkstelling overgaan. In vrijwel alle landen duurt een aansprakelijkheidsprocedure lang, is kostbaar, belastend voor de familie en de arts en ziekenhuisstaf, hangt de uitkomst vaak af van moeilijk te verkrijgen bewijs van wat er fout ging en waarom het fout ging, van de vraag of het handelen werkelijk een tekortkoming in juridische zin oplevert, en of de tekortkoming werkelijk de schade heeft veroorzaakt.¹¹

En welke gevolgen heeft aansprakelijkheid voor geboorteschade voor de medische stand? Afgezien van de emotionele belasting van de arts die met een claim wordt geconfronteerd – en wat dat betreft zal een geboorteschadeclaim waarschijnlijk een grotere emotionele belasting met zich brengen dan andere claims – hebben zich in sommige landen grote problemen op de verzekeringsmarkt voor aansprakelijkheidsverzekeringen voorgedaan. Artsen ondervonden in die landen een dramatische stijging van verzekeringspremies en zelfs het volledig terugtrekken van verzekeraars van de betreffende markt.¹² Er zou zelfs – dat werd althans beweerd – een tekort aan medici zijn ontstaan door het aansprakelijkheidsrecht.¹³ Maar of deze verschijnselen in direct verband staan met het aansprakelijkheidsrecht, lijkt minder eenvoudig aan te tonen. Datzelfde geldt voor het spook van ‘defensief gedrag’ zoals onnodige keizersneden en overmatige prenatale diagnostiek.

Terecht of niet, in sommige landen is de wetgever er toe over gegaan om het aansprakelijkheidsrecht uit te sluiten

voor geboorteschades. Men heeft daar een zogenaamd *no-fault*-compensatiesysteem bij wijze van alternatief arrangement geïntroduceerd. De politieke motieven voor verschuiving verschillen nogal. Soms was het met name politieke druk vanuit de medische wereld die doorslaggevend bleek om alleen maar beperkingen te stellen aan het aansprakelijkheidsrecht (zoals limitering van de bedragen aan economische en immateriële schade), en soms ook werd een volledig alternatief voor aansprakelijkheid in het leven geroepen. De vraag is gewettigd of dergelijke verschuivingen wel goed doordacht zijn en of ze werkelijk tegemoet komen aan de behoeften van de betrokken families én artsen. Voor ons land is specifiek de vraag van belang of er aanleiding is om naar een alternatief arrangement om te zien.

EEN OVERZICHT VAN ALTERNATIEVE ARRANGEMENTEN

Vooraf

Ik zal niet uitgebreid stil staan bij de vraag wat de kenmerken zijn van aansprakelijkheidsrecht en wat 'het' *no-fault*-compensatiemodel inhoudt. In elk geval is vaak kenmerkend voor het alternatieve arrangement van *no-fault-compensatie* dat geen vergoeding voor immateriële schade (smartengeld) wordt gegeven, dat de schadesoorten die wel voor vergoeding in aanmerking komen veelal gestandaardiseerd of gemaximeerd zijn, en dat de procedure vaak bestuursrechtelijk getint is. Aansprakelijkheidsrecht is daarentegen een zaak van de civiele rechter en gaat – heel algemeen gezegd – uit van het dogma van volledige schadevergoeding, zodat niet alleen alle huidige en toekomstige economische schade maar ook immateriële schade integraal vergoed moet worden. In de praktijk betekent volledige vergoeding vooral dat bij schikkingsonderhandelingen zonder veel wettelijk houvast allerlei berekeningen

over en weer moeten gaan tussen de rechtshulpverleners van aansprakelijke en benadeelde voordat een compromis bereikt kan worden (en als dat niet lukt kan hetzelfde proces zich voor de rechter herhalen) over de omvang van de schadevergoeding (die veelal in een *lump sum* uitgedrukt wordt).¹⁴

Verschuivingen in Virginia en Florida

In de jaren tachtig kregen artsen in Virginia het zwaar: de premies van hun aansprakelijkheidsverzekeringen – die zij elk individueel betalen – stegen aanzienlijk, de drie verzekeraars die de markt bedienden weigerden nieuwe verzekeringnemers en uiteindelijk hield één verzekeraar het helemaal voor gezien. De landelijke gebieden van Virginia ondervonden een groeiend tekort aan verloskundigen.¹⁵ Een vergelijkbare crisis werd in Florida gevoeld.¹⁶

Medici dachten het causaal verband al snel te hebben gevonden: het hoge aantal claims (2-3 keer zo hoog als dat bij andere medische beroepen) en de hoge bedragen moesten de oorzaak zijn. Dit laatste verdient nog toelichting: Amerikaanse jury's zijn bevoegd om naast economische en immateriële schadevergoeding ook punitieve schadevergoeding toe te kennen, ook al is die laatste categorie schade in veel staten al gelimiteerd tot naar Amerikaanse begrippen bescheiden proporties.

Hoe dit ook zij, de medische stand heeft zich sterk gemaakt voor een verschuiving van aansprakelijkheidsrecht naar een alternatief arrangement. Het was hier uitdrukkelijk de lobby van medici en hun aansprakelijkheidsverzekeraars¹⁷ – en dus niet de druk uitgeoefend door benadeelde families – die resulteerde in de *Virginia Birth-Related Neurological Injury Compensation Program* (1987) en in de *Florida Birth-Related Neurological Injury Compensation Act (NICA)* (1988).

De programma's werken heel kort gezegd als volgt. Ouders in verwachting die zich onder behandeling stellen van een ziekenhuis dat aangesloten is bij het programma,

doen van rechtswege afstand van hun recht om arts en ziekenhuis aansprakelijk te stellen bij een eventuele perinatale fout.¹⁸ Uiteraard geldt dat ouders duidelijk gewezen moeten worden op de gevolgen van hun keuze voor het ziekenhuis en de betreffende arts.

In Virginia dekt het programma ernstige neurologische beschadiging, opgelopen door welke oorzaak dan ook rondom zwangerschap en de geboorte. In het *Florida NICA*-programma geldt ongeveer dezelfde afbakening. Misdiagnose van aangeboren afwijkingen valt dus duidelijk in geen van de twee staten onder het afstand van recht en moet 'gewoon' in een aansprakelijkheidsprocedure worden afgewikkeld. Ingang tot de programma's wordt geboden door een administratiefrechtelijke procedure waarin vooral schade en het causaal verband met geboortecomplicaties aannemelijk gemaakt moet worden. Door 'aannemelijk maken' te hanteren wordt een minder strenge bewijsmaatstaf gehanteerd, hetgeen ertoe kan leiden dat gevallen die strikt genomen niet thuishoren in het programma er toch in geraken.¹⁹

Artsen en ziekenhuizen zijn niet verplicht om zich bij het programma aan te sluiten (een *opt-in* programma dus), maar de meerderheid heeft zich wel aangesloten omdat aansprakelijkheidsverzekeraars die eis nogal eens stellen.²⁰ De programma's worden gefinancierd door middel van een heffing die omgeslagen wordt over de aangesloten dienstverleners, ziekenhuizen en aansprakelijkheidsverzekeraars.²¹ Gynaecologen en verloskundigen betalen een vast bedrag ongeacht het aantal medische verrichtingen dat zij doen, terwijl ziekenhuizen veelal een vast bedrag betalen per kind geboren in het ziekenhuis. Opvallend is dat de heffingen niet 'experience rated' zijn, dat wil zeggen dat zij niet gerelateerd zijn aan het aantal gevallen van neurologische schade dat zich jaarlijks in een ziekenhuis voordoet of aan het aantal malen dat een individuele arts betrokken is bij een geboortecomplicatie.²² Dit gegeven is van belang omdat daarmee duidelijk is dat geen risico-

differentiatie en dus geen sturing op kwaliteitsverbetering van de neonatalenzorg wordt nagestreefd.

Wat voor schadevergoeding bieden de programma's? Een groot verschil met het aansprakelijkheidsrecht zoals dat in de meeste Amerikaanse deelstaten geldt, is dat in elk geval geen 'punitive damages' worden toegekend.²³ De programma's vergoeden vooral 'out of pocket expenses': alle medische kosten (en dat is nogal belangrijk in een land als Amerika waar veel inwoners geen ziektekostenverzekering hebben zoals die gangbaar en vaak zelfs verplicht is in West-Europa). Thuishulp, de kosten van aanpassing van het woonhuis of zelfs het opnemen in speciale zorginstellingen, worden ook bekostigd uit het programma. In Virginia wordt bovendien een periodieke uitkering aan het kind toegekend voor inkomensderving tussen 18 en 65 jaar, maar het programma heeft daar gezien de begindatum nog geen ervaring mee.

Voor toelating tot de programma's is niet relevant of de arts een fout heeft gemaakt. De oorzaak van de neurologische beschadiging is niet relevant. Dat betekent in theorie dat meer gevallen voor vergoeding in aanmerking komen dan het geval is onder een aansprakelijkheidssysteem dat op 'schuld' van de arts is gebaseerd. En inderdaad wordt geschat dat de kosten van de programma's hoger zijn dan de totale jaarlijkse kosten gemoeid met medische aansprakelijkheid. Dat is des te opmerkelijker als men bedenkt dat de bedragen in het aansprakelijkheidssysteem sowieso gelimiteerd waren.²⁴ Aannemelijk is daarom dat meer families sneller gebruik maken van het programma dan van het aansprakelijkheidssysteem.²⁵

Dit alles maakt dat sommige auteurs voorspellen dat als de verzekeringsmarkten weer normaal functioneren, het voor medici goedkoper zou kunnen zijn om níet mee te doen met het programma. Dat is uiteraard in potentie een zwakte in het ontwerp van de programma's: de vrijwillige basis maakt dat als de voordelen niet opwegen tegen het bestaande systeem van aansprakelijkheid een van beide

belanghebbenden – ofwel de arts ofwel de patiënt – zich uit het programma zal terugtrekken.²⁶ Misschien is de wetgever dan gedwongen het vrijwillige karakter om te zetten in een verplichte solidariteitsregeling. Dan zal het programma meer op een specifieke sociale zekerheidsregeling lijken.²⁷

In Virginia is de situatie op de verzekeringsmarkt na het invoeren van het programma verbeterd.²⁸ Maar recente evaluatie van het programma heeft wel laten zien dat de beschikbaarheid van verloskundige hulp in de landelijke gebieden niet verbeterd is, terwijl dat toch een achterliggend doel van het programma was! Bovendien is de financiële situatie van het programma op langere termijn niet houdbaar, omdat het programma een levenslange verbondenheid met het kind beoogt.²⁹ De kosten die dit met zich meebrengt zijn waarschijnlijk verkeerd ingeschat, zodat de wetgever op termijn ofwel de heffingen moet laten stijgen, de uitkeringen moet reduceren ofwel het programma moet afbouwen.³⁰

Ook de NICA wordt bekritiseerd, bijvoorbeeld vanwege het beperkte werkingsbereik van het programma.³¹ Deze kritiek is overigens ingecalculeerd, omdat de wetgever slechts een beperkt probleemgebied van het aansprakelijkheidsrecht onderhanden wilde nemen om deze ernstige letselgevallen een andere regeling te geven.³² Serieuzer is de kritiek dat na de introductie van beide programma's het aantal aansprakelijkheidsclaims niet werkelijk is gedaald en dat de programma's veeleer een filterfunctie vervullen: de claims die eerst worden afgewezen voor toelating tot het programma (bijvoorbeeld gevallen van foetussen met niet-gediagnosticeerde aangeboren afwijkingen) blijken een grotere kans van slagen in een civiele zaak te hebben gekregen.³³ Dit gevoegd bij de dubieuze financiële situatie van beide programma's kan gezegd worden dat deze experimenten geen schoolvoorbeeld van een goed alternatief arrangement opleveren.

Frankrijk

Zoals bekend geeft het Franse aansprakelijkheidsrecht gewoonlijk vergaande bescherming aan slachtoffers.³⁴ Tot op zekere hoogte is dit ook het geval geweest met aansprakelijkheid voor perinatale fouten en misdiagnose van aangeboren afwijkingen. In 1996 heeft de *Cour de Cassation* bijvoorbeeld de vordering tot vergoeding van onderhoudskosten toegekend aan een kind dat door onzorgvuldig handelen van de behandelende arts gehandicapt ter wereld was gekomen.³⁵ In 2000 werd vervolgens aansprakelijkheid aangenomen voor het missen van een diagnose van een aangeboren afwijking: het leed van Nicholas Perruche en zijn moeder moest worden vergoed.³⁶

De Perruche-zaak veroorzaakte veel commotie. Medici, ethici en politici beklommen de barricades, met als gevolg een ideologische ingreep van de wetgever.³⁷ Deze ingreep bij wet van 4 maart 2002 heeft als ideologisch vertrekpunt: ‘Nul ne peut se prévaloir d’un préjudice du seul fait de sa naissance’ (art 1-1). Overigens was dit wat betreft *gezonde* (maar niet geplande) kinderen al lang de lijn in de rechtspraak, maar niet met betrekking tot gehandicapte kinderen.³⁸ De wet bepaalt nu dat de gehandicapte alleen schadevergoeding kan vorderen als de fout van de arts zijn toestand direct heeft veroorzaakt of verergerd, of genezing heeft verhinderd. Kennelijk is daarmee – hoewel tekst en toelichting niet uitblinken in helderheid – beoogd om aansprakelijkheid voor diagnosefouten van het type Perruche/Kelly uit te sluiten. Kosten van onderhoud van een dergelijk gehandicapt kind kunnen niet langer via het aansprakelijkheidsrecht worden verhaald, maar alleen op de *solidarité nationale*, het Franse sociale zekerheidsvangnet.³⁹ Het gehandicapte kind kan dus ook geen immateriële schadevergoeding meer vorderen.⁴⁰

Sommige auteurs wijzen er op dat de financiële toestand van families die door de fout van een arts schade ondervinden er niet op vooruit is gegaan door de *anti-Perruche*-wet. Ouders moeten alle kosten dragen die ‘solida-

rité nationale' niet dekt, en aangezien het tot het voorjaar van 2005 heeft geduurd voordat de ideologie van de wet van 4 maart 2002 in daden is omgezet,⁴¹ is er inmiddels al weer veel geklaagd over de gebreken van de *anti-Perruche*-wetgeving.⁴² Hoe dit ook zij, het basisidee van de sociale zekerheidsregeling is dat niet naar oorzaak van de handicap gekeken moet worden, maar dat een verzorging van wieg tot graf moet worden gewaarborgd, ongeacht oorzaak.⁴³ Een voordeel van deze benadering – indien verwezenlijkt – is dat voor en zo mogelijk mét de betrokkene een 'ontwikkelingsplan' opgesteld wordt dat toekomstgericht is.⁴⁴ Compensatie van bestaande behoeften is daar uitdrukkelijk onderdeel van, en zo beschouwd kan dit model effectiever en sneller opereren dan een aansprakelijkheidsrechtelijk model.

Engeland en Wales

In Engeland en Wales staat het onderwerp van deze bijdrage sinds de *Thalidomide*-affaire (Softenon; 1961) met wisselende intensiteit op de wetgevingsagenda. Al in 1974 stelde de *Law Commission* enkele wetswijzigingen voor, die onverwijld met de 1976 *Congenital Disabilities (Civil Liability) Act* zijn doorgevoerd.⁴⁵ Na de wetswijziging van 1976 bleven artsen ongewijzigd aansprakelijk tegenover kinderen voor *pre-conception negligence*, dat wil zeggen een fout tegenover de moeder die de foetus beschadigde.⁴⁶ Maar toewijzing van Kelly-achtige vorderingen van het gehandicapte kind wegens onzorgvuldig advies of misdiagnose werd uitgesloten, omdat '(it would) place an almost intolerable burden on medical advisers in their socially and morally exacting role'. Gevreesd werd voor onderbewuste pressie van medici om toch maar tot abortus over te gaan.⁴⁷ Overigens stelde de commissie ook voor om de claims van ouders ongemoeid te laten.

De rechtspraak na 1976 heeft zich aan de wetswijziging geconformeerd. Zo werd in *Rance v. Mid-Downs HA* bevestigd dat de ouders in een Kelly-achtige zaak wel schadever-

goeding konden vorderen,⁴⁸ terwijl in de zaak *McKay v Essex Health Authority*⁴⁹ werd beslist dat het kind zélf geen schadevergoeding kon claimen voor ‘wrongful existence’.⁵⁰ Intussen heeft men ook een scherper beeld gekregen van de kosten die geboorteschadeclaims voor de *NHS* met zich brengen. Data verzameld door de *NHS Litigation Authority* geeft aan dat hersenbeschadiging bij neonatalen ongeveer 5% van alle aansprakelijkheidsclaims betreft, maar dat deze 5% ongeveer 60 tot 80% van de totale aansprakelijkheidskosten van de *NHS* teweegbrengen.⁵¹ Het verwondert dan ook niet dat de *Chief Medical Officer* in een recent ‘consultation paper’ *Making Amends* aanbeveelt dat een speciaal vergoedingsfonds in het leven wordt geroepen voor neonatalen met een neurologische afwijking. Dit fonds zou de bovenmatige aansprakelijkheidsdruk op de *NHS* moeten wegnemen die de kleine categorie van neonatalen met letsel door fouten van artsen veroorzaakt. Het fonds zou dus niet bedoeld zijn voor kinderen met aangeboren afwijkingen. Het fonds zou zorgkosten, begeleiding, aanpassingskosten vergoeden en een lump sum voor immateriële schade van £ 50.000,— (€ 72.000,—) uitkeeren. Een nationale instantie zou het fonds moeten beheeren.⁵²

Het rapport *Making Amends* maakte zich ook sterk voor laagdrempelige hoogwaardige zorg voor zwaargehandicapte kinderen, ongeacht de oorzaak.⁵³ De introductie in 2004 van het *National Service Framework for children, young people and maternity services* (‘*the Children’s NSF*’) zet een stap in precies deze richting. Van een apart fonds is nog geen sprake; of dat er ooit komt is onzeker.⁵⁴

WAAROM WORDT GEZOCHT NAAR ALTERNATIEVE ARRANGEMENTEN?

De verzekeringsmarkt faalt

De oorzaken van de verschuiving van aansprakelijkheidsrecht naar een ander compensatiestelsel verschillen. In Frankrijk lijkt de verontwaardiging van medici, ethici en politici na de Perruche-zaak de drijvende kracht achter de hervormingen.⁵⁵ Maar in werkelijkheid speelde op de achtergrond ook de verslechterende markt voor aansprakelijkheidsverzekeringen een rol. Zoals in veel landen was in Frankrijk het aantal aanbieders van dergelijke verzekeringen sterk teruggelopen en rezen de premies, zodat het protest tegen de Perruche-zaak in dit opzicht de wind in de rug kreeg. Na introductie van de *anti-Perruche*-wet, die in bepaalde opzichten – met betrekking tot andere onderwerpen dan hier aan de orde – de positie van verzekeraars verzwaaarde, moest deze al in december 2002 worden geamendeerd omdat aansprakelijkheidverzekeraars dreigden zich totaal terug te trekken uit de medische markt.⁵⁶

In Amerika is het heel duidelijk de medische lobby, gedreven door een diepe verzekeringscrisis, die de hervormingen heeft bewerkstelligd. In Engeland is het vooral de *NHS* die zich zorgen maakt over het grote beslag dat een betrekkelijk kleine groep slachtoffers legt op de middelen voor aansprakelijkheidsclaims en de relatief grote juridische kosten die daarmee gemoeid zijn. Een deel van deze middelen komt via het aansprakelijkheidssysteem bij advocaten terecht.⁵⁷

Wat opvalt in de landen die met een verzekerbaarheidsprobleem kampen, is dat een verband wordt gesuggereerd tussen het aansprakelijkheidsrecht enerzijds en stijgende premies en terugtrekkende verzekeraars anderzijds. Maar bestaat er wel een verband tussen wat verzekeraars doen en de ontwikkelingen in het aansprakelijkheidsrecht?⁵⁸ Gedeeltelijk wel natuurlijk; zo is het bijvoorbeeld plausibel dat de ontwikkelingen in het aansprakelijkheidsrecht in elk

geval gedeeltelijk verantwoordelijk gehouden kunnen worden voor een stijging van de premielast. Experts in het aansprakelijkheidsrecht in binnen- en buitenland erkennen bijvoorbeeld dat het schadebegrip aan inflatie onderhevig is: meer lasten worden als schade gedefinieerd en de intensivering van juridische begeleiding van gezinnen zal ongetwijfeld ook tot hogere afwikkellingskosten leiden.⁵⁹ Dat is niet per definitie verkeerd, want vroeger was onmiskenbaar sprake van ondercompensatie van werkelijke letselskosten.

Het is niet waarschijnlijk dat deze 'inflatie' van het aansprakelijkheidsrecht volledig verantwoordelijk kan worden gehouden voor de toestand van de verzekeringsmarkt in medische zaken.⁶⁰ Een aantal mogelijke andere oorzaken dient zich aan:

- Een betrouwbare wijze van berekening van het aansprakelijkheidsrisico is niet of nauwelijks ontwikkeld.⁶¹ Het komt voor dat aansprakelijkheidsverzekeraars die de risico's van dienstverlening verzekeren, als uitgangspunt voor hun berekening een aantal gemiddelden nemen. Bij medische aansprakelijkheid is dat soms het aantal bedden in een ziekenhuis en de gemiddelde schadelast in het voorgaande jaar.⁶² Na een catastrofaal jaar stijgen de premies dan onherroepelijk met relatief grote sprongen. Of ze daarna weer dalen, hangt vooral af van de mate van concurrentie op de betreffende markt (daarover hierna).
- Daar komt bij dat aansprakelijkheidsverzekeraars een deel van hun inkomsten uit beleggingen genereren, zodat instabiliteit op de financiële markten ook instabiliteit van de premiestelling tot gevolg kan hebben.⁶³
- Aansprakelijkheidsverzekeraars zijn vaak afhankelijk van globale herverzekeraars, die op hun beurt gevoelig zijn voor ernstige verstoringen in andere markten. De terroristische aanslagen van 11 september 2001 hebben bijvoorbeeld een schokgolf onder herverzekeraars ver-

oorzaakt, die vervolgens tot terughoudendheid op alle verzekeringsmarkten heeft geleid. Enig verband met aansprakelijkheidsrecht (in Europa) bestaat hier niet.⁶⁴

- Het differentiëren van de premies – bijvoorbeeld door een bonus-malussysteem of het bijhouden van de claimgetallen per ziekenhuis, per afdeling of per specialisme, en daar de premie op afstemmen – is in de verzekerings-theorie onmisbaar om zogenaamde averse selectie te voorkomen. Dit is een proces dat zich voordoet als een verzekeraar onvoldoende onderscheid maakt tussen ‘goede’ en ‘slechte’ risicogroepen. Als een individuele verzekeraar in een perfect werkende verzekeringsmarkt dezelfde premie zou berekenen aan ziekenhuizen met een verschillende schadelast of een gelijke premie zou berekenen voor geriatrici en gynaecologen, dan zouden alleen de verzekeringnemers met een hoge schadelast daar van profiteren en zouden verzekeringnemers met een lage schadelast teveel betalen. Die laatste groep ‘stemt met de voeten’ en zal uiteindelijk een andere verzekeraar kiezen die een premie berekent die wél in overeenstemming is met de werkelijke schadelast van die groep. Zo ver zou het proces van averse selectie in een perfecte markt niet komen, omdat een dergelijke verzekeraar zich uit de markt zou prijzen. Die verzekeraar past dus, om averse selectie te voorkomen, risicodifferentiatie toe.⁶⁵ Dat is echter een administratieve bezigheid die verzekeraars in de praktijk alleen ontplooiën als verzekeringnemers ook werkelijk gevoelig zijn voor de prikkels die daarmee nagestreefd worden. Voor een sector als de gezondheidszorg waar concurrentie beperkt is, consumenten niet of nauwelijks informatie over kwaliteitsverschillen hebben, de tarieven gereguleerd zijn en de gedifferentieerde premie dus moeilijk doorberekend kan worden in de prijs van de dienst,⁶⁶ is ‘stemmen met de voeten’ en dus ook de prikkelwerking van premiedifferentiatie zeer moeilijk te realiseren.⁶⁷ Dat zou kunnen verklaren waarom die differentiatie niet (ten volle) wordt toegepast.

- De manier waarop de gezondheidszorg is opgezet kan bepalend zijn voor de markt voor aansprakelijkheidsverzekeringen. Als alle dienstverleners in dienst van overheidslichamen of grote ziekenzorginstellingen zijn, zullen er al snel parapludekkingen zijn voor de gehele instelling. Als de gezondheidszorg daarentegen gedeels uit vrijgevestigde, alleen opererende individuen bestaat, dan zullen zij waarschijnlijk elk voor zich een aansprakelijkheidspolis moeten aanschaffen. Dat kan bijvoorbeeld verschil maken voor de sturingsmechanismen (het is veel moeilijker om een *experience rating* op individuele obstetrici toe te passen dan op een totale ziekenhuisstaf).⁶⁸ Hoe minder sturing, des te groter het risico van *moral hazard* (het niet in acht nemen van optimale zorg binnen de ziekenhuismuren) en van averse selectie.
- Zou in een perfecte markt de theorie van risicodifferentiatie wél worden doorgevoerd, dan zou dat overigens wellicht tot onbetaalbaarheid van zwangerschap leiden voor de laagste inkomensgroepen. Immers: gesteld dat obstetrici evenveel fouten maken als gerontologen, terwijl de schadelast vele malen hoger is bij de eerste categorie specialisten, dan ligt het voor de hand dat de beide groepen in verschillende risicogroepen worden ondergebracht en dat obstetrici vele malen hogere premie betalen die zij volledig doorberekenen aan de klant. Dat zou de obstetrische dienstverlening in een ongereguleerde marktsituatie (zonder herverdeling via verplichte zorgverzekering) duurder maken en wellicht té duur voor de lagere inkomensgroepen.⁶⁹
- In een aantal landen is – om niet altijd duidelijke redenen – een blijvend ongezonde markt voor aansprakelijkheidsverzekeringen ontstaan doordat uiteindelijk slechts een handvol medische aansprakelijkheidsverzekeraars is overgebleven. Er is overigens geen bewijs dat het aansprakelijkheidsrecht hier de oorzaak van is; wel zijn er aanwijzingen dat dit beperkte dekkingaan-

bod tot oligopolistische prijsstellingen heeft geleid: kunstmatige lage premies afgewisseld door scherpe premiestijgingen.⁷⁰ Vervolgens heeft het beperkte aanbod er in sommige landen toe geleid dat veel grote risicodragers zoals ziekenhuizen zélf hun risico zijn gaan dragen of door een onderlinge waarborgmaatschappij het aansprakelijkheidsrisico onder elkaar hebben verdeeld.⁷¹

Mijn indruk is dat in die gevallen waar structurele kenmerken van de verzekeringsmarkt en de zorgmarkt ten grondslag liggen aan het disfunctioneren van het aansprakelijkheidssysteem, de regelgever wellicht te snel grijpt naar een alternatief arrangement. Allereerst zal moeten worden aangetoond dát er een verzekerbaarheidsprobleem is. Als al kan worden geconstateerd dat premies stijgen en wellicht heel hoog zijn, dan nog moet de vervolgvraag worden gesteld: hoe komt dat, en: lost een alternatief arrangement dat probleem op? Een grondige analyse van de structurele kenmerken van de betreffende markt zou wellicht aantonen dat een op marktpincipes gebaseerde aansprakelijkheidsverzekering nooit optimaal kan werken in een sterk gereguleerde omgeving als de gezondheidszorg. Een greep naar de verplichte verzekering⁷² of een alternatief arrangement doet de intrinsieke problemen dan natuurlijk niet verdwijnen. Ook in die stelsels moet een optimale balans tussen solidariteit en risicodifferentiatie worden gevonden. Als de schadelast te groot wordt om te dragen, is het van tweeën één: ofwel slachtoffers zullen met minder genoeg moeten nemen ofwel de overheid zal een vergroting van het financiële draagvlak uit algemene middelen (d.w.z. gezondheidszorgbudgetten) moeten nastreven.

Perceptie van artsen

In binnen- en buitenland wordt het spook van *defensive medicine* ontwaard.⁷³ Ook in een paginagroot artikel in het *NRC Handelsblad* van 26 maart 2005 kwam het spook voorbij: radiologen zouden zich indekken tegen claims en

sommigen verlaten zelfs het vak uit angst voor de oprukkende claimcultuur. Dat is gemakkelijk geroepen, maar er is geen enkel wetenschappelijk onderzoek – zelfs niet in Amerika – dat onomstotelijk een duidelijk verband weet te leggen tussen ontwikkelingen in het aansprakelijkheidsrecht en dergelijke praktijken.⁷⁴

En als het al zo is dat medici meer zorg betrachten onder invloed van juridische toetsing, dan is daarmee nog helemaal niet gezegd dat dat per definitie slecht is. Dat is pas het geval als artsen voorzorgmaatregelen nemen die inefficiënt zijn, bijvoorbeeld doordat deze meer kosten dan ze in gespaarde levensjaren aan baten genereren. En of daarvan sprake is, kan alleen met een gezondheidseconomisch onderzoek worden aangetoond.⁷⁵

Wat naar mijn indruk wel aannemelijk is, is dat hier een probleem van *perceptie* bestaat. Artsen weten niet meer van aansprakelijkheidsrecht dan de gemiddelde persoon, en dat is buitengewoon weinig.⁷⁶ Dat gebrek aan informatie kan hun angst voeden en die angst kan tot defensief gedrag leiden.⁷⁷ We kunnen die perceptie onderzoeken. Laten we eens onderzoeken hoe groot medici de kans inschatten om met succes aangesproken te worden door ze een aantal cases voor te leggen en dan de vraag te stellen of daar aansprakelijkheid van de arts speelt.⁷⁸ Het zou mij niet verbazen als hier een vertekend risicobeeld bestaat.⁷⁹

Wat medici wél weten van het recht, zal ofwel uit eigen ervaring zijn ofwel uit de media zijn opgepikt. Eigen ervaringen hoeven niet maatgevend te zijn. En berichtgeving gaat toch meer over Amerika dan over Almere. Ik wil het punt niet bagatelliseren, maar wel de rationaliteit van de perceptie ter discussie stellen. Ook wil ik de impact ter discussie stellen die deze perceptie kan hebben op het medische proces. Medici *zeggen* misschien wel dat zij voorzichtiger zijn geworden uit angst voor juristerij, maar is dat ook werkelijk waar? Daar is geen (Europees) onderzoek naar gedaan.⁸⁰ Dat zou een zinvolle onderzoeksvraag zijn: verandert gedrag van artsen nadat ze aansprakelijk zijn

gesteld? Verandert gedrag van individuele artsen die in hun omgeving aansprakelijkheidsprocedures meemaken? En, belangrijker, leidt dat tot inefficiënte zorg? Ik kan daar niet over speculeren, maar ik vraag me wel af hoe groot de bandbreedte van individuele artsen is om hun gedrag zodanig aan te passen dat inefficiënte zorg ontstaat. In ons land bestaat immers een vergevorderde protocolleringscultuur die gedeeltelijk voorkomt dat individuele artsen overmatige zorg in acht nemen. Diezelfde protocollen zijn bescherming tegen aansprakelijkheid. Protocollen geven namelijk uiting aan het niveau van zorg dat de medische stand zelf geschikt acht, en rechters zullen zich daar in de regel aan refereren.⁸¹ Sterk is dan ook de mededeling van de Hoge Raad in de Kelly-zaak dat het in de betreffende zaak om overtreding van normen uit de medische wereld zélf ging en dat angst voor *defensive medicine* dus zonder grond is.⁸²

Mijn conclusie is dat het wijzen op het gevaar van *defensive medicine* – behoudens écht bewijs, dat voor ons land bij gebrek aan onderzoek ontbreekt – ongefundeerde bangmakerij is.⁸³ Dat geeft ook direct aan dat een dialoog tussen artsen en juristen hard nodig is over wat aansprakelijkheidsrecht wél is en wat het níet is. Dat de premies mogelijk stijgen en het aantal claims wellicht ook, zegt namelijk nog niet zo veel.⁸⁴ Eerst moeten we de oorzaken daarvan helder hebben voordat we de schuld bij het aansprakelijkheidsrecht kunnen leggen.

Maar als niettemin onder artsen de gedachte leeft dat je fouten beter niet kunt toegeven uit angst voor de juristerij, dan is er natuurlijk een groot probleem.⁸⁵ Om die angst voor te zijn is educatie essentieel.⁸⁶ Ik zou zeggen: laat artsen die een specialisme hebben dat voorkomt in de aansprakelijkheids-top-vijf, onderwijs volgen in aansprakelijkheids-, straf-, en tuchtrecht (zoals een letselschadeadvocaat onderwezen wordt in medische zaken). Laat artsen zien wat de doelen van aansprakelijkheidsrecht zijn, hoe het écht werkt, waarom het zo werkt, en hoe het gefinan-

cierd wordt. Werk samen om cijfermateriaal scherp te krijgen. Bereidt artsen voor op de psychologische stress en de emotionele aanvallen op de beroepseer die zij zullen ondervinden als gevolg van een claim of klacht (hoe ongegrond ook).⁸⁷ Reken ze voor dat lang niet alle fouten tot een aansprakelijkstelling leiden,⁸⁸ en dat bejegening van de patiënt beslissend kan zijn voor diens keuze om al dan niet tot klagen en aanklagen over te gaan.⁸⁹ Omgekeerd moeten naar mijn mening ook juristen (vooral rechters die oordelen over artsen) meer dan nu het geval is, structureel en intensief onderricht krijgen in de medische belevingswereld.

Hebben gezinnen aansprakelijkheidsrecht nodig?

In de landen waar een alternatief arrangement is ingevoerd voor geboorteschade, wordt wel gerefereerd aan de behoeften van de betrokken kinderen en hun familie. Maar zij bleven ongeorganiseerd en waren geen drijvende kracht achter de hervormingen. Medici, verzekeraars, en politici bepaalden het debat. Daarmee is natuurlijk niet gezegd dat de families geen behoefte hebben aan hervorming. Rechtssociologisch onderzoek laat zien dat zij vooral een oprechte en open communicatie met de betrokken arts en medische staf willen.⁹⁰ Bovendien willen ze een onafhankelijk onderzoek naar wat er fout is gegaan, waarom het fout is gegaan en, indien mogelijk, hoe het voortaan voorkomen kan worden.⁹¹ Gezinnen hebben behoefte aan attributie, en – niet verwonderlijk – sommigen hebben een onbewuste preferentie voor een menselijke fout boven een natuurlijke oorzaak.⁹² En wat altijd blijft is de emotionele klap.⁹³

Naast psychische nood is er financiële nood. Als een sociaal vangnet hiervoor ontbreekt, zal de behoefte aan het aansprakelijkheidsrecht groot zijn. Dat is een belangrijk verschil tussen bijvoorbeeld Nederland en sommige andere landen. De Nederlandse verzorging en ondersteuning van blijvend gehandicapte neonatalen is niet perfect,⁹⁴

maar kan toch beter worden genoemd dan de zorg die (voorheen) in Engeland en Frankrijk bestond.⁹⁵ Daarom zal het aansprakelijkheidsrecht waarschijnlijk minder snel als primaire vergoedingsbron aangeboord worden. En als dat anders zou zijn of worden, dan is het zeer de vraag of het aansprakelijkheidsrecht – met zijn algemene normstellingen waarvan de concrete invulling door een rechter niet altijd eenvoudig te voorspellen is – ooit een bron van snelle en voorspelbare vergoeding kan zijn. Volledige compensatie als beginsel is natuurlijk een wezenskenmerk van het aansprakelijkheidsrecht, maar om die volledige compensatie pas te ontvangen na het gedurende een aantal jaren voeren van dure en belastende procedure met onzekere uitkomsten, is ook niet alles.

Daar komt nog iets anders bij. Aansprakelijkheidsverzekeraars willen een dossier graag sluiten zodra dat mogelijk is. In de praktijk wordt daarom met zogenaamde *lump sums* gewerkt voor toekomstige schades,⁹⁶ maar het berekenen daarvan is buitengewoon moeilijk bij geboorteschades. Advocaten van getroffen families zullen in het belang van hun cliënt liever de geestelijke en lichamelijke ontwikkeling van het kind willen afwachten voordat de eindrekening wordt opgemaakt. Dit betekent waarschijnlijk – het moet worden onderzocht – dat de juridische afwikkelingskosten van geboorteschade hoger zijn dan bij een ‘simpel’ geval van medische aansprakelijkheid. Als de aansprakelijke en zijn verzekeraar in de tussengelegen periode voorschotten geven op het eindbedrag, dan wordt in die zin beter tegemoet gekomen aan de behoeften van families.⁹⁷ Er bestaat in het aansprakelijkheidsrecht geen wettelijke regeling voor dergelijke langlopende schadegevallen. Een alternatief systeem dat heldere regels over (omvang en inhoud van) periodieke betalingen geeft, zou dan ook meer duidelijkheid scheppen.⁹⁸

En dan de belangrijke vraag: hebben het kind en de familie behoefte aan smartengeld? Als we even afzien van semi-ethische discussie over het toekennen van smarten-

geld voor het hebben van een gehandicapt leven of een gehandicapt kind, en de aandacht richten op de mogelijke praktische rechtvaardiging voor toekenning van dergelijke bedragen, dan ontstaat wellicht het volgende beeld. Smartengeld is geld dat de ontvanger in staat stelt om activiteiten te ontplooiën die zijn toestand veraangename. Als ons recht meent dat dat op zijn plaats is, lijkt het beter om deze bedragen bij geboorteschade in die sleutel te plaatsen, dus veeleer als een ‘persoonlijke rugzak’ die de familie in staat stelt om de verloren gegane autonomie naar eigen inzicht opnieuw op te bouwen. Praktisch gesproken is het denkbaar – zoals is gebeurd in veel van de landen die aansprakelijkheid hebben vervangen door een alternatief arrangement – om het recht op smartengeld af te schaffen, maar ik zou er pas vrede mee hebben als het alternatief werkelijk sneller, beter, minder kostbaar en bevredigender uitpakt dan het aansprakelijkheidsrecht. Tot die tijd zou ik de status quo willen handhaven, omdat tegenover alles wat slachtoffers opgeven m.i. ook een tastbare verbetering voor de maatschappij als geheel moet staan.

AANDACHTSPUNTEN BIJ EEN ALTERNATIEF ARRANGEMENT

Voorwaarden, financiering en management

Een alternatief compensatiesysteem is geen panacee voor alle problemen.⁹⁹ Drie kwesties verdienen in elk geval aandacht: voorwaarden waaronder vergoeding plaatsvindt, financiering van de vergoeding en preventiemanagement. Allereerst: elk compensatiesysteem dat vergoeding biedt voor bepaalde *oorzaken* in plaats van aandoeningen, moet de causaliteitsvraag beantwoorden. Hoe regelen we dat? Ten tweede: elk vergoedingssysteem moet gevoed worden met geld. Wie moet dat doen? In de derde plaats: als we compensatie goed regelen, wil preventie nog wel eens de aandacht verliezen. Dat is niet wenselijk, en dus is de vraag

wie de regie krijgt over preventie van vermijdbare geboorteschade.

Voorwaarden: veroorzaking en vermijdbaarheid

Met betrekking tot causaal verband geldt dat het soms erg moeilijk is om van een geboorteschade vast te stellen of er een fout is gemaakt en zo ja, of deze de schade werkelijk heeft veroorzaakt. In essentie verdwijnt dit beslispunt niet met het instellen van een alternatief compensatiesysteem.¹⁰⁰ Hooguit zou de procedurele gang van zaken ter vaststelling van vermijdbaarheid en veroorzaking kunnen verschillen van de huidige (sneller, geprotocolleerd, met vaste beslispanels etc.).¹⁰¹ Dat zou al winst kunnen betekenen, maar de kernvragen veranderen niet.¹⁰²

Ook het probleem van bewijslastverdeling zou niet wezenlijk veranderen. Waar het aansprakelijkheidsrecht nu met vermoedens werkt en de balans in het nadeel van een van beide partijen laat doorslaan als de waarheid niet boven tafel is gekomen, zal een alternatief systeem niet heel veel anders kunnen. Zou men zoals in Florida¹⁰³ het vermoeden hanteren dat een kind dat een ernstige neurologische afwijking heeft én bij geboorte zuurstofgebrek had, slachtoffer is van een vermijdbaar letsel, dan kan dat betekenen dat meer kinderen gecompenseerd worden dan werkelijk vermijdbaar letsel hebben. Het is namelijk zeer moeilijk om in een concreet geval het causaal verband tussen hersenbeschadiging en asfyxie vast te stellen.¹⁰⁴

Een alternatief systeem dat geen 'oorzaak' als ingangseis stelt, maar slechts een 'aandoening' eist ongeacht oorzaak, neigt naar een algeheel sociaal zekerheidsstelsel.¹⁰⁵ Dat is uiteraard geen diskwalificatie, want misschien is het inderdaad wel beter om – zoals de Fransen doen – alle gehandicapte baby's dezelfde rechten toe te kennen, ongeacht de oorzaak. Er kan ook een praktische reden voor bestaan: als een bepaalde aandoening algemeen gesproken sterk geassocieerd kan worden (in statistische zin) met vermijdbaar menselijk falen, maar het in concrete gevallen

buitengewoon moeilijk zoniet onmogelijk is om dat falen en het verband met de schade aan te tonen (en dat is toch de toets die het aansprakelijkheidsrecht aanlegt), dan zijn er wellicht ook binnen een *no fault*-systeem goede gronden om slechts naar de aandoening te kijken en niet naar de oorzaak.¹⁰⁶ Dat is voor die categorie van aandoeningen dan wellicht een kosteneffectievere wijze van compenseren dan de mallemolen van het aansprakelijkheidsrecht. Uiteraard is dan ook een evenwichtige weging van het rechtsgeleidelijkheidsargument nodig: waarom krijgt de ene groep wél een bijzonder regime en de andere niet?¹⁰⁷

Financiering: wie betaalt?

Het voor de hand liggende gevolg van het uitbreiden van de vergoedingsmogelijkheden is dat het aantal vergoedingen ook toeneemt.¹⁰⁸ Dat is overigens niet een bezwaar, maar veeleer een keuze: is onze maatschappij bereid om ófwel meer te vergoeden ófwel anders te verdelen zodat aan meer personen hetzelfde totaalbedrag aan vergoedingen toegekend wordt? Dit is uiteraard een beleidskeuze, en in sommige landen verkiest men om alle gevallen gelijkelijk te behandelen binnen een sociaal zekerheidsalternatief (zoals in Frankrijk). Waarschijnlijk past dat type nationale solidariteit minder goed in de huidige Nederlandse verhoudingen.¹⁰⁹

Een structurele financiële ondersteuning door de overheid van het aansprakelijkheidsproces ligt denk ik evenmin voor de hand. Wellicht is aantrekkelijker om aan een poldermodel-oplossing te denken vergelijkbaar met het *Instituut Asbestslachtoffers* (IAS). Dat Instituut biedt een platform voor redelijk snelle en transparante schadeafwikkeling met financiering door werkgevers, aansprakelijkheidsverzekeraars en overheid.¹¹⁰ Die alternatieve afwikkeling zou dan op basis van vrijwilligheid geschieden, en het is natuurlijk wel de vraag of dat alternatief voor alle betrokkenen aantrekkelijker is dan een civiel (schikkings) proces. Bovendien is de problematiek van geboorteschade

veel gecompliceerder dan bij het I A S het geval is; zo zijn de causaliteits- en aansprakelijkheidsvraag bij geboorteschades veel minder eenvoudig te beantwoorden dan bij mesothelioom door asbestblootstelling. Ik betwijfel daarom of dit uiteindelijk een begaanbare weg is. En dan blijven er weinig andere opties over dan een wettelijk verplichte omslag over bijvoorbeeld ziekenhuizen en uiteindelijk dus over het nationale gezondheidszorgbudget.

Management: wie voert de regie over preventie van vermijdbare geboorteschade?

Een systeem dat vermijdbare schade compenseert moet vooral de aspiratie hebben om schade daadwerkelijk te vermijden.¹¹¹ Naar gangbare inzichten moet die preventie in beginsel op organisatieniveau worden aangepakt ('systems approach') in plaats van door middel van het aanwijzen van een individueel schuldige.¹¹² Men zou dus verwachten dat de bestaande alternatieve arrangementen ruim aandacht hebben voor voorkoming van vermijdbare geboorteschade door middel van een 'systems approach'. Die aandacht lijkt er soms te zijn, maar veel indrukwekkends is nog niet teweeg gebracht.

De programma's in Florida en Virginia hadden in het geheel niet als doel preventie van schade,¹¹³ en dus vindt men in het kader van die programma's geen bijzondere aandacht voor preventie. In Frankrijk heeft men een *Observatoire des risques médicaux* opgezet, een onderdeel van het administratieve orgaan ONIAM (*Office National d'Indemnisation des accidents médicaux*).¹¹⁴ Doel is het verzamelen van data over de incidentie van medische ongevallen, zodat geleerd kan worden en mogelijk ook preventiemaatregelen verbeterd kunnen worden.¹¹⁵ Het *Observatoire* is nog maar kort operationeel; resultaten zijn nog niet te melden.

In Florida is er wel het *Patient's Compensation Fund*, dat in algemene zin de bevoegdheid heeft om onderzoek te doen en preventiemaatregelen mag doorvoeren.¹¹⁶ Tege-

lijk heeft onderzoek aangetoond dat de betrokkenheid van artsen bij de afwikkeling van een schadegeval onder het Florida *no fault*-systeem veel te wensen overlaat. Meer dan de helft van de gynaecologen die onderwerp van een aanspraak op het *no fault*-programma waren, wisten daar niets van.¹¹⁷ Dat lijkt onverenigbaar: als men een organisatie wil laten leren, moet ook de direct betrokken arts onderdeel van dat leerproces uitmaken.¹¹⁸ Naar mijn mening moet aan een dergelijk punt in elk systeem, en dus ook in een alternatief vergoedingssysteem, meer aandacht worden besteed.

EEN ALTERNATIEF ARRANGEMENT VOOR NEDERLAND?

De alternatieve compensatieprogramma's in Florida en Virginia worden kritisch bejegend. Politici zijn kritisch omdat de programma's blijvend beslag leggen op algemene middelen, waarvan men terecht de vraag kan stellen of niet ook andere kwetsbare groepen daar aanspraak op hebben, en omdat er administratieve kosten aan verbonden zijn voor de overheid. Letselschadeadvocaten zijn kritisch omdat zij de rechten van cliënten beknot zien en omdat hun eigen rol minder groot is. Tevreden zijn vooral de slachtoffers, zo lijkt het. Dat is winst, maar weegt dat ook op tegen de kosten?

Zou een alternatief arrangement iets voor ons land zijn? Een flauw antwoord: het hangt er van af. Ik bedoel daar het volgende mee. Het aansprakelijkheidssysteem is niet heilig; als het niet werkt, moet het voor een beter alternatief worden ingewisseld. Maar daarvoor is toch echt meer informatie nodig.¹¹⁹ Hebben we kwantitatief bewijs over het disfunctioneren wat betreft geboorteschades? Of moeten we afgaan op anekdotes van belangengroepen? Verbijsterend is nog steeds het vaak ongefundeerde gekakel over de claimcultuur.¹²⁰ Oneliners als 'we leven in een

claimcultuur', 'het is niet meer op te brengen', 'het systeem loopt vast' en meer van dat soort vage klachten worden ook in de medische hoek nog té vaak geuit. Dat lijkt op diagnosticeren zonder de patiënt te onderzoeken. Feiten en verbanden spreken mij meer aan. En feit is dat we te weinig weten om harde uitspraken te doen over verbanden.¹²¹ Empirische onderbouwing is nodig. En ik weet welk type vragen ik in dat verband beantwoord zou willen zien.¹²²

- Hoe vaak worden obstetrici aansprakelijk gesteld, afgezet tegen het aantal behandelingen en het aantal natuurlijke oorzaken van geboorteschade? Wat is de slagingscore van die claims? Wat zijn de succesindicatoren? En wat zijn indicatoren voor het instellen van een claim?
- Zijn geboorteschades *outliers* in de zin dat in weinig gevallen aansprakelijkheid ontstaat, maar áls die bestaat de schade een enorme schadelast teweegbrengt (hetgeen wellicht moeilijk te verzekeren is)?
- Hoe vult het aansprakelijkheidsrecht het sociale vangnet aan? Veel van de financiële gevolgen van geboorteschade worden in ons land opgevangen door zorgverzekering, A W B Z, W V G, W A Jong, en straks W M O, maar lang niet alle en lang niet volledig. Verschilt dit sterk van andere landen?
- Is er een indicatie voor het aantal gevallen waarin claims worden toegewezen zonder dat er een fout is of zonder dat er causaliteit is (bijvoorbeeld door bewijslastomkering)?
- Hoe zit de verzekeringsmarkt in elkaar? Bestaan daar structurele problemen die door regulerend ingrijpen opgelost kunnen worden? Hoeveel juridische kosten zijn gemoeid met claims voor geboorteschades? Hoe opereren letselschadeadvocaten in deze dossiers?

Ik ken geen land in Europa dat met betrekking tot dergelijke vragen stelselmatig data verzameld heeft en de levende veronderstellingen op juistheid heeft getoetst.¹²³ En wat

betreft de aansprakelijkheidsdruk bij geboorteschade lijkt er op het eerste gezicht in elk geval een geheel andere situatie te bestaan dan bijvoorbeeld in Engeland. Zoals gezegd slokt hersenbeschadiging bij neonatalen het gros van de totale aansprakelijkheidskosten van de *NHS* op.¹²⁴ In Nederland laten cijfers van *Medirisk* (1993-2004) zien dat 9% van het totale aantal meldingen van verzekerde voorvallen uit het specialisme obstetrie en gynaecologie afkomstig is en dat dit specialisme ruim 15% van de totale schadelast van *Medirisk* teweegbrengt.¹²⁵ Dat zijn beduidend minder alarmerende cijfers, hoewel ook hier geen definitieve uitspraken over gedaan kunnen worden.¹²⁶ Het laat in elk geval zien dat het klakkeloos overnemen van getallen uit andere landen onverstandig is. Wat mij betreft is daarom het pleidooi van de *KNMG* in zijn *Kwaliteitsmanifest* (2003) voor de overstap naar een *no fault*-compensatie systeem te voorbarig. Het manifest stelt:

‘Dit systeem (het aansprakelijkheidsrecht, *w b*) is geënt op verwijtbaarheid en schuld. Om tot aansprakelijkheid en schadevergoeding te concluderen moet worden bewezen en vastgesteld dat een arts of een instelling op een verwijtbare manier heeft gehandeld en dat daardoor schade is ontstaan. *Dit werkt in de hand dat* verschillen van inzicht tussen arts en patiënt in de sfeer van een conflict worden getrokken. *Mede ten gevolge daarvan* vraagt de problematiek van medische aansprakelijkheid veel aandacht en energie. Ongunstig neveneffect van de huidige situatie is dat juridische ontwikkelingen (of de vrees daarvoor) activiteiten op het gebied van de kwaliteitsbewaking *bemoeilijken*. *Daardoor worden zowel de gewenste openheid als het systematisch lering trekken uit fouten belemmerd* (Chief Medical Officer, 2003).

De cursiveringen in het citaat zijn van mij. Ze geven cruciale verbanden weer die nooit empirisch onderzocht zijn. Belemmert het aansprakelijkheidsrecht werkelijk het ontwikkelen van een *organisation with a memory*? Ik ben scept-

tisch over de belemmerende kracht van het aansprakelijkheidsrecht, maar ik laat me graag overtuigen van het tegendeel. Wat we momenteel hebben, zijn slechts *indrukken*. Die volstaan niet als we de status quo veranderen, omdat we dan simpelweg niet weten wat we moeten veranderen. Dat geldt temeer als gekozen zou worden voor een specifiek regime voor geboorteschades; dan rijst namelijk al snel de vraag waarom voor die gevallen wel en voor andere gevallen niet een bijzonder regime geldt.¹²⁷

Ik zou dus terughoudend zijn waar het gaat om het propageren van een alternatief arrangement. Van een medische aansprakelijkheids crisis is in ons land nog geen sprake.¹²⁸ Om te voorkomen dat het ooit zo ver komt, is het wel van belang om de ontwikkelingen nauwlettend in de gaten te houden. Belangengroeperingen van medici is dit toevertrouwd.

Over het door de KNMG gebruikte argument dat een arts zonder de hete adem van het aansprakelijkheidsrecht beter kan leren van wat fout ging, ben ik kritisch. Het beeld van artsen die in een *no fault*-omgeving vrijelijk erkennen dat een bepaalde schade vermeden had kunnen worden en die meehelpen met het invullen van de formulieren om compensatie te verkrijgen, is denk ik te rooskleurig.¹²⁹ Het lijkt mij onwaarschijnlijk dat een alternatief arrangement *op zichzelf* een betere en open communicatie over mogelijke fouten op de ziekenhuiswerkvloer kan bewerkstelligen.¹³⁰ Daar is meer voor nodig, en dat meerdere kan mogelijk ook binnen het bestaande aansprakelijkheidssysteem worden bereikt.

Er wordt wel gesproken over een verplichting tot openheid over wat fout ging (die plicht bestaat overigens al), over immuniteit van tuchtrechtelijke vervolging bij vrijwillige openheid¹³¹ of juist over extra straffen bij het achterhouden van informatie.¹³² Ik betwijfel of het verstandig is om direct een radicaal verband te leggen tussen compensatie en preventie enerzijds en prikkels tot openheid ná het ongeval anderzijds. Misschien is het juister om eerst een

goed beeld te krijgen van de omvang van het probleem en van mogelijke oplossingen die niet per definitie een wijziging van het recht met zich brengen.¹³³ De branches waarin *blame free reporting* standaard is, hebben namelijk ook geen bijzondere gunsten van de wetgever gekregen: ook die branches staan aan de gewone tucht-, straf-, en aansprakelijkheidsbepalingen bloot. Het heeft dus misschien meer met interne bedrijfscultuur dan met externe toetsing van doen.

CONCLUSIES

De situatie in Nederland lijkt vooralsnog af te wijken van die welke kennelijk in andere landen bestaat, zodat er waarschijnlijk (nog) geen nijpende maatschappelijke aanleiding voor stelselwijziging is.¹³⁴ Nader onderzoek is echter wenselijk om beter onderbouwde conclusies mogelijk te maken. Zo lijkt met het oog op de toekomst in elk geval een 'nulmeting' zinvol van het aantal gevallen van aansprakelijkheid voor geboorteschade, de schadelast, het functioneren van de lokale markt voor medische aansprakelijkheidsverzekeringen, de verhouding tot de (financiering van) gezondheidszorg, de kosten van afwikkeling van geboorteschade binnen het aansprakelijkheidsrecht, de financiële behoeften van families met gehandicapte neonatalen, en van de vraag in hoeverre de bestaande vergoedingsarrangementen deze behoeften al bevredigen.

De ontwikkelingen wat betreft compensatie van geboorteschade via het aansprakelijkheidsrecht moeten nauwlettend worden gevolgd. Het zijn misschien weinig claims, maar als die kleine groep claims in de toekomst een excessieve schadelast (en dito afwikkelingskosten) teweegbrengt, dan neemt het contrast met het lot van gehandicapte kinderen zónder verantwoordelijke arts navenant toe. En die kinderen zijn in de meerderheid.¹³⁵ Dat stemt tot nadenken, maar er is een cruciaal verschil: de handicap

van de eerste categorie was te voorkomen geweest en had moeten worden voorkomen. Dat maakt het verschil, en het aansprakelijkheidsrecht zou zo ingericht moeten zijn dat het die categorie daadwerkelijk weet te voorkomen. Als blijkt dat het aansprakelijkheidsrecht een slecht instrument is om dergelijke schade te voorkomen, dan moeten we het systeem op dat punt veranderen. Of een ander systeem nodig is wat betreft vergoeding, vind ik in dat licht eigenlijk een secundaire vraag. Als we gaan sleutelen, laten we dan vooral ook sleutelen aan het risicomanagement en de terugkoppeling van aansprakelijkstelling naar de organisatie: hoe kan die voortaan voorkomen dat individuen fouten maken, en wat wordt gedaan om de risico's beter te beheersen?

Dat laat overigens onverlet dat het goed zou zijn om te onderzoeken of de afwikkelingskosten bij geboorteschades (zoals: juridische kosten, expertisekosten, tijd, emotie en energie van alle betrokkenen) onnodig hoog zijn en of het afwikkelingsproces in dat opzicht moet worden bijgesteld binnen het bestaande systeem van wettelijke aansprakelijkheid. Mijn intuïtie zegt mij dat dáár veel maatschappelijke winst te behalen valt.¹³⁶

NOTEN

- 1 Dit onderzoek werd uitgevoerd als onderdeel van het onderzoeksproject *Compensation for damage – the shift from civil law to public funding and vice versa* (NWO 450-02-440). Met dank aan Melissa Moncada Castillo voor onderzoeksassistentie, en aan Siewert Lindenbergh, Andrea Pinna (beiden EUR) en Raimond Giard (MCRZ Rotterdam) voor commentaar op eerdere versies. De volgende personen hebben bereidwillig informatie verschaft, waarvoor dank aan: prof. dr. M.C. Cornel (hoogleraar Community Genetics, VU MC, Amsterdam), dr. R.W.M. Giard (patholoog en klinisch epidemioloog, MCRZ Rotterdam),

mr. H.P. Henschen (directeur *Medirisk*), Ken Oliphant B A B C L (senior lecturer Law Faculty, Cardiff University) en dr. G.C.M.L. Page-Christiaens (gynaecoloog; U M C Utrecht).

- 2 In ongeveer 4-5% van de gevallen leidt prenataal gediagnosticeerde afwijking tot geïnduceerde abortus. Bij ongeveer 10% van de levendgeborenen met congenitale afwijking is dus sprake van een prenatale diagnose.
- 3 Bovendien zijn niet meegerekend de gevallen waarin pas na verloop van jaren duidelijk wordt dat een congenitale afwijking tot bijv. ontwikkelingsstoornis leidt.
- 4 Bronnen: www.eurocatnederland.nl; www.nationaalkompas.nl; informatie van de in noot 1 genoemden.
- 5 I.P. Michiels van Kessenich-Hoogendam, *Beroepsfouten* (Zwolle 1995), p. 96.
- 6 Zie o.a. Y. Lambert-Faivre, *Droit du dommage corporel – Systèmes d'indemnisation* (Paris 2004), p. 840; *Proposition de loi organisant l'indemnisation des accidents médicaux sans faute médicale* (Sénat de Belgique 2003; voorstel ingediend door M. A. Destexhe), p. 4. Vgl. L. Mulcahy, 'Threatening Behaviour? The challenge posed by medical negligence claims', in: M. Freeman and A. Lewis (eds.), *Law and Medicine* (Oxford 2000), p. 92 e.v.; P. Davis et al., 'Compensation for Medical Injury in New Zealand: Does "No-Fault" Increase the Level of Claims Making and Reduce Social and Clinical Selectivity?' in: *J. of Health Politics, Policy and Law*, 27(2002), p. 851. Cijfers voor Nederland lijken minder alarmerend; vgl. (oudere cijfers bij) L.G. Angenent and J.H. Hubben, *Medische schadeclaims in Nederland 1980-1990*. Nijmegen 1992.
- 7 Zie daarover i.h.a. J. Montgomery, *Health Care Law* (Oxford 2003), p. 203 e.v.; L. Mulcahy, 'Threatening Behaviour? The challenge posed by medical negligence claims', in: M. Freeman and A. Lewis (eds.), *Law and Medicine* (Oxford 2000), p. 83; Comptroller and Auditor General House of Commons, *Handling clinical negligence claims in England* (London 2001), p. 14-15.

- 8 P. Fenn et al., 'The Economics of Clinical Negligence Reform in England', in: *The Economic Journal*, 114(2004), p. F279; Department of Health, *Making Amends – A consultation paper setting out proposals for reforming the approach to clinical negligence in the NHS* (2003), p. 47 en M. Brazier, *Medicine, Patients And The Law* (London 2003), p. 244. Vgl. M.A. Jones, 'Compensation in the English Health Care Sector', in: J. Dute et al. (eds.), *No-Fault Compensation in the Health Care Sector* (Wenen 2004), p. 163. Vgl. ook ACC, *A comprehensive study of the cost of accepted medical misadventure claims* 2003, p. 11 e.v.
- 9 Dit volgt in elk geval uit Amerikaans onderzoek.
- 10 In theorie zou dit overigens niet mogen uitmaken voor zover deze wetten regresmogelijkheden bieden.
- 11 Zie bijvoorbeeld L. Mulcahy, 'Threatening Behaviour? The challenge posed by medical negligence claims', in: M. Freeman and A. Lewis (eds.), *Law and Medicine* (Oxford 2000), p. 102-103; R.R. Bovbjerg et al., 'Administrative Performance of "No-Fault" Compensation for Medical Injury', in: *Law and Contemporary Problems*, 71(1997), p. 71-72; *Making Amends* (2003), p. 51 e.v. Zie over het slagingspercentage van medische claims in Engeland bijvoorbeeld M.A. Jones, 'Compensation in the English Health Care Sector', in: J. Dute et al. (eds.), *No-Fault Compensation in the Health Care Sector* (Wenen 2004), p. 161 e.v.
- 12 Aldus in elk geval voor Florida en Virginia; zie J L A R C, *Review of the Virginia Birth-Related Neurological Injury Compensation Program (Joint Legislative Audit and Review Commission of the Virginia General Assembly)* (2003), p. 1-3.
- 13 Dit gegeven was althans een belangrijke aanleiding voor het Virginia no-fault program.
- 14 Over de obstakels bij de onderhandelingen over civiel-rechtelijke berekeningen en de kosten die daarmee i.h.a. gemoeid zijn, zie men voor Nederland W. C. T. Weterings, *Vergoeding van letselschade en transactiekosten een kwalitatieve en kwantitatieve analyse*, Deventer 1999, W. C. T.

Weterings, *Efficiëntere en effectievere afwikkeling van letselschadeclaims*, Den Haag 2004. Vgl. J. M. Barendrecht et al., *Schadeclaims: kan het goedkoper en minder belastend? rapportage i.o.v. WODC*, Den Haag 2004.

- 15 J L A R C (nt. 12), p. 1-3.
- 16 Ik laat na de literatuur over deze crises te noemen; zie bijv. M.A. Butt, 'Insurance Economics and the Legal System', in: *The Geneva Papers on Risk and Insurance Practice*, 29(2004), p. 9 en F.A. Sloan et al., *Insuring Medical Malpractice* (New York 1991), p. 3 e.v.
- 17 J L A R C (nt. 12), p. 1; F.A. Sloan et al., 'The Road from Medical Injury to Claims Resolution: How No-Fault and Tort Differ', in: *Law and Contemporary Problems*, 60(1997), p. 38-39; F.A. Sloan, *Public Medical Malpractice Insurance* 2004, p. 68; David M. Studdert et al., 'The Jury Is Still In: Florida's Birth-Related Neurological Injury Compensation Plan after a Decade', in: *J. of Health Politics, Policy and Law*, 25(2000), p. 502; R.R. Bovbjerg et al., 'Administrative Performance of "No-Fault" Compensation for Medical Injury', in: *Law and Contemporary Problems*, 71(1997), p. 74-76. Vgl. K. Oliphant, 'Beyond Woodhouse: Devising New Principles for Determining ACC Boundary Issues', in: *Vict. U. Wellington L. Rev.*, (2004), p. 934.
- 18 J L A R C (nt. 12), p. ii.
- 19 Vgl. W. McKelway, 'Birth Injury Report Released; Physician Blame Seen As Overstated', in: *Richmond Times Dispatch Jan. 31*, (2003), p. B-1.
- 20 D.M. Studdert et al., 'The Jury Is Still In: Florida's Birth-Related Neurological Injury Compensation Plan after a Decade', in: *J. of Health Politics, Policy and Law*, 25 (2000), p. 502.
- 21 Ook medische aansprakelijkheidsverzekeraars kunnen tot bijdragen aan het programma worden verplicht (uitgedrukt in een percentage van hun omzet op medische aansprakelijkheidspolissen). In Virginia is de bijdrage van verzekeraars aanzienlijk: 40% van de inkomsten over 2004

- kwam van verzekeraars. Zie *Making a difference (Annual Review)* 2004. Het is niet toegestaan om belastinggelden voor het programma aan te wenden. Zie F.A. Sloan, *Public Medical Malpractice Insurance* 2004, p. 5-6. Vgl. R.R. Bovbjerg and F.A. Sloan, 'No-Fault for Medical Injury: Theory and Evidence', in: *U. Cin. L. Rev.*, 67(1998), p. 93-94.
- 22 R.R. Bovbjerg and F.A. Sloan, 'No-Fault for Medical Injury: Theory and Evidence', in: *U. Cin. L. Rev.*, 67(1998), p. 102-103.
- 23 J L A R C (nt. 12), p. 25. Claims van de ouders voor immateriële schadevergoeding zijn ook niet langer mogelijk onder de programma's.
- 24 J L A R C (nt. 12), p. iv. Zie over de gevolgen van limitering voor de bedragen die aan kinderen worden toegekend N.M. Pace et al., *Capping Non-Economic Awards in Medical Malpractice Trials (RAND report)* 2004, p. xxiii.
- 25 J L A R C (nt. 12), p. 25-26.
- 26 Omdat de programma's vrijwillig zijn hebben sommige medici er voor gekozen om niet toe te treden. Zie W. McKelway, 'Program At A Crossroads; No-Fault Proposals Focus On Care', in: *Richmond Times Dispatch Aug. 13, (2002)*, p. A-1.
- 27 Vgl. M.I. Krauss, 'Which Tort Reform Options?' in: *Legal Times* (2005 March 28), p. 27.
- 28 De verzekeringspremies daalden athans tussen 1989 en 1992 van \$ 36.000,— naar \$ 25.000,—. De jaarlijkse bijdrage aan het programma was \$ 5.000,—. Hoe dan ook menen obstetrici de bedragen die zij moeten betalen te hoog. Zie F.A. Sloan et al., 'The influence of obstetric no-fault compensation on obstetricians' practice patterns', in: *Am J Obstet Gynecol*, 179(1998), p. 675.
- 29 J L A R C (nt. 12), p. 6, 43-45. Zie ook F.A. Sloan, *Public Medical Malpractice Insurance* 2004, p. 59, en p. 70 e.v. voor wat betreft kritiek op de publieke verantwoording voor het gevoerde beleid van deze instellingen Vgl. R.R. Bovbjerg and F.A. Sloan, 'No-Fault for Medical Injury: Theory and Evidence', in: *U. Cin. L. Rev.*, 67(1998), p. 110-111.

- 30 Zie over deze keuzes bijv. M.I. Krauss, 'Which Tort Reform Options?' in: *Legal Times* (2005 March 28), p. 37.
- 31 *NICA* is zelfs beperkter dan het Virginia programma, omdat vroeggeboorte uitgesloten is. R.R. Bovbjerg et al., 'Administrative Performance of "No-Fault" Compensation for Medical Injury', in: *Law and Contemporary Problems*, 71(1997), p. 80.
- 32 R.R. Bovbjerg et al., 'Administrative Performance of "No-Fault" Compensation for Medical Injury', in: *Law and Contemporary Problems*, 71(1997), p. 98.
- 33 Zie D.M. Studdert et al., 'The Jury Is Still In: Florida's Birth-Related Neurological Injury Compensation Plan after a Decade', in: *J. of Health Politics, Policy and Law*, 25(2000), p. 515.
- 34 Zie bijv. Radé en Bloch, in: B.A. Koch and H. Koziol (eds.), *Compensation for Personal Injury in a Comparative Perspective* (Wenen 2003) 113. Vgl. Chr. Radé, 'Plaidoyer en faveur d'une réforme de la responsabilité', in: *D. Chron.*, (2003), p. 2247 e.v.
- 35 C dc 26 Cmaart 1996, zaak 94-13145, en C dc 26 maart 1996, zaak 94-14158, Dalloz 1997-01-16, n° 3, p. 35, RTD C 1996-09, n° 3, p. 623. Het ging in deze zaken om onderhoudskosten van het kind ('les conséquences dommageables définitives des troubles de l'enfant') en de ziektekosten. Zie A. Morris and S. Saintier, 'To Be Or Not To Be: Is That The Question? Wrongful Life And Misconceptions', in: *Medical Law Review*, 11(2003), p. 176.
- 36 C dc 17 november 2000, D. 2001, p. 332. Vgl. Y. Lambert-Faivre, *Droit du dommage corporel – Systèmes d'indemnisation* (Paris 2004), p. 736 e.v., V. Rachet-Darfeuille, 'Compensation in the French Health Care Sector', in: J. Dute et al. (eds.), *No-Fault Compensation in the Health Care Sector* (Wenen 2004), p. 233 e.v., en Ph. Brun, France, in: H. Koziol and B. C. Steininger (eds.), *European Tort Law 2002* (Wenen 2003), p. 183. Vgl., met verdere verwijzingen, *JurisClasseur Resp. Civ. & Ass.* Fasc. 440-20, no. 76.

- 37 Zie B. Pitcho, in: S.C.J.J. Kortmann and B.C.J. Hamel (red.), *Wrongful Birth en Wrongful Life* (Deventer 2004), p. 101 e.v.
- 38 Y. Lambert-Faivre, *Droit du dommage corporel – Systèmes d’indemnisation* (Paris 2004), p. 736. Vgl. K. Arnold, “Kind als Schaden” in Frankreich – Unter besonderer Berücksichtigung des “Anti-Perruche-Gesetzes”, in: *VersR* (2004), p. 310.
- 39 A. Morris and S. Saintier, ‘To Be Or Not To Be: Is That The Question? Wrongful Life And Misconceptions’, in: *Medical Law Review*, 11(2003), p. 190 ; *JurisClasseur Resp. Civ. & Ass. Fasc. 440-20*, no. 81.
- 40 Dit was in elk geval het idee achter het beginsel ‘Nul ne peut se prévaloir d’un préjudice du seul fait de sa naissance’, alhoewel de bewoordingen ‘du seul fait’ semantisch gezien suggereren dat een dergelijke claim wél toelaatbaar zou kunnen zijn als er bijkomende omstandigheden (zoals ernstig lijden) aangevoerd konden worden. Zie Ph. Brun, France, in: H. Koziol and B.C. Steininger (eds.), *European Tort Law 2002* (Wenen 2003), p. 183. De bedoeling van de wetgever was echter ruimer, namelijk om alle claims voor immateriële schadevergoeding van kinderen met aangeboren afwijkingen uit te sluiten. Zie K. Arnold, “Kind als Schaden” in Frankreich – Unter besonderer Berücksichtigung des “anti-Perruche-Gesetzes”, in: *VersR* (2004), p. 311; A. Morris and S. Saintier, ‘To Be Or Not To Be: Is That The Question? Wrongful Life And Misconceptions’, in: *Medical Law Review*, 11(2003), p. 189.
- 41 Loi no. 2005-102 du 11 février 2005 pour l’égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, J.Off. 12 February 2005, 2353 e.v.
- 42 Y. Lambert-Faivre, *Droit du dommage corporel – Systèmes d’indemnisation* (Paris 2004), p. 740; V. Rachet-Darfeuille, ‘Compensation in the French Health Care Sector’, in: J. Dute et al. (eds.), *No-Fault Compensation in the Health Care Sector* (Wenen 2004), p. 238. Vgl. A. Morris and S. Saintier, ‘To Be Or Not To Be: Is That The Question?’

Wrongful Life And Misconceptions' in: *Medical Law Review*, 11(2003), p. 188-189.

- 43 Het beginsel thans neergelegd in art. L. 114-1-1 Code de l'Action Sociale et des Familles, luidt: 'La personne handicapée a droit à la compensation des conséquences de son handicap quels que soient l'origine et la nature de sa déficience, son âge ou son mode de vie.'
- 44 Zie art. 11 Loi no. 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées.
- 45 Lord Pearson, *Royal Commission on Civil Liability and Compensation for Personal Injury Report Vol. I* (London 1978), p. 299; G. Dworkin, 'Pearson: Implications for Severely-Handicapped Children and Products Liability', in: D.K. Allen et al. (eds.), *Accident Compensation After Pearson* (London 1979), p. 162-163.
- 46 De commissie gaf hier als uitzondering het geval waarin de ouders met alle beschikbare informatie toch het risico accepteren dat de foetus afwijkingen vertoont. Zie Law Commission, *Report on Injuries to Unborn Children* (report No. 60) (London 1974), p. 31, gecodificeerd in s. 1 (4) van de 1976 *Congenital Disabilities (Civil Liability) Act*.
- 47 Law Commission, *Report on Injuries to Unborn Children* (report No. 60) (London 1974), p. 32 e.v.
- 48 *Rance v. Mid-Downs HA* [1991] 1 All ER 801.
- 49 *McKay v. Essex Health Authority* [1982] QB 1166.
- 50 Zie kort hierover J. Montgomery, *Health Care Law* (Oxford 2003), p. 419.
- 51 *Making Amends* (2003), p. 47 en M. Brazier, *Medicine, Patients And The Law* (London 2003), p. 244. Opmerkelijk is overigens dat in het Zweedse no-fault systeem de getallen niet veel beter zijn; zie HOPE's Subcommittee on Co-ordination, *Insurance and Malpractice* (Brussels 2004), p. 5 (Zweedse gynaecologie en obstetrie leiden in 0,3% van de opnames tot een claim, maar veroorzaken 27% van alle kosten van vermijdbaar medisch letsel).

- 52 *Making Amends* (2003), p. 120 e.v. Vgl. M.A. Jones, 'Compensation in the English Health Care Sector', in: J. Dute et al. (eds.), *No-Fault Compensation in the Health Care Sector* (Wenen 2004), p. 174-175.
- 53 *Making Amends* (2003), p. 125.
- 54 P. Walsh, 'Clinical Negligence Reforms Finally on the Way', in: *Journal of Personal Injury Law*, (2005), p. 267 e.v. Inmiddels is wel een *NHS Redress Bill* aanhangig gemaakt die de afwikkeling van medische claims moet vergemakkelijken.
- 55 Vgl. J.C.J. Dute et al., *Onderzoek No-fault compensatiesysteem 2002*, p. 174.
- 56 Loi no. 2002-1577 du 30 décembre 2002.
- 57 P. Cane, *Atiyah's Accidents, Compensation and the Law* (London 1999/2004), p. 216-217.
- 58 Voor een overzicht van voor- en tegenstanders in dit debat N. Vidmar et al., 'Uncovering the "Invisible" Profile of Medical Malpractice Litigation: Insights from Florida', in: *DePaul L. Rev.*, 54(2005), p. 315-318.
- 59 M.C. Rahdert, *Covering Accident Costs* (Philadelphia 1995), p. 121. Vgl. H.J.J. Leenen et al., *Handboek gezondheidsrecht II (Gezondheidszorg en recht)* (Houten 2002), p. 298.
- 60 Te stellig zijn daarom Spier en Haazen in A.T. Bolt et al., *De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (NJ v preadvies)* (Zwolle 1996), p. 19 e.v.
- 61 M.G. Faure, 'Economic observations concerning optimal prevention and compensation of damage caused by medical malpractice', in: J. Dute et al. (eds.), *No-Fault Compensation in the Health Care Sector* (Wenen 2004), p. 47 e.v.; D. Dewees et al., *Exploring the Domain of Accident Law – Taking the facts seriously* (New York 1996), p. 101; F.A. Sloan, *Public Medical Malpractice Insurance* (2004), p. 18-19, Vgl. CBO, *Limiting Tort Liability for Medical Malpractice* 2004, p. 3; M.C. Rahdert, *Covering Accident Costs* (Philadelphia 1995), p. 109 e.v. Zie ook HOPE's Subcommittee on Co-ordination, *Insurance and Malpractice* (Brussels 2004), p. 3-4.

- 62 Vgl. M.G. Faure, 'Economic observations concerning optimal prevention and compensation of damage caused by medical malpractice', in: J. Dute et al. (eds.), *No-Fault Compensation in the Health Care Sector* (Wenen 2004), p. 47 e.v..
- 63 F.A. Sloan, *Public Medical Malpractice Insurance* 2004, p. 19-20.
- 64 Zie, o.a., C B O, *Limiting Tort Liability for Medical Malpractice* 2004) p. 4; R. Lowes, 'Malpractice: Do other countries hold the key?' in: *Medical Economics*, (July 25, 2003), p. 58.
- 65 Zie over e.e.a. bijv. M.G. Faure, 'Over beschermde slachtoffers, vrijgevege rechters en zuchtende verzekeraars', in: *NJB*, (1995), p. 1227 e.v. en M.G. Faure, 'Economic observations concerning optimal prevention and compensation of damage caused by medical malpractice', in: J. Dute et al. (eds.), *No-Fault Compensation in the Health Care Sector* (Wenen 2004), p. 51. Over de balans tussen solidariteit onder breed samengestelde risicogroepen enerzijds en het verkleinen van risicogroepen om averse selectie te voorkomen zie men bijv. J.-Matthias Graf von der Schulenburg, *Versicherungsökonomik* (Karlsruhe 2005), p. 315, D. Farny, *Versicherungsbetriebslehre* (Karlsruhe 2000), p. 45 e.v., 413-414.
- 66 Zie M.G. Faure, 'Economic observations concerning optimal prevention and compensation of damage caused by medical malpractice', in: J. Dute et al. (eds.), *No-Fault Compensation in the Health Care Sector* (Wenen 2004), p. 52; M. Faure, 'Comparative Analysis', in: M. Faure and H. Koziol (eds.), *Cases on Medical Malpractice in a Comparative Perspective* (Wenen 2001), p. 300. Vgl. D. Dewees et al., *Exploring the Domain of Accident Law – Taking the facts seriously* (New York 1996), p. 101. Voor een overzicht van de markt voor gezondheid zie men bijv. C.M. Flood, *International Health Care Reform – A legal, economic and political analysis* (London 2000), p. 15 e.v., R. Lapré et al. (eds.), *Algemene economie van de gezondheidszorg* (Maarssen 2001), p. 161 e.v., m.n. 219 e.v.

- 67 Vgl. F.A. Sloan, 'Experience Rating: Does It Make Sense for Medical Malpractice Insurance?', in: *The American Economic Review*, 80(1990), p. 128 e.v.
- 68 D.M. Studdert and T.A. Brennan, 'No-Fault Compensation for Medical Injuries – The Prospect for Error Prevention', in: *JAMA*, 286(2001b), p. 221. Vgl. D. Dewees et al., *Exploring the Domain of Accident Law – Taking the facts seriously* (New York 1996), p. 101; D.M. Studdert and T.A. Brennan, 'Toward a Workable Model of "No-Fault" Compensation for Medical Injury', in: *Am J. L. & Med.*, 27(2001a), p. 231; F.A. Sloan, 'Experience Rating: Does It Make Sense for Medical Malpractice Insurance?', in: *The American Economic Review*, 80(1990), p. 132.
- 69 Vgl. in algemene zin over dit mechanisme R. Lapré et al. (red.), *Algemene economie van de gezondheidszorg* (Maarsse 2001), p. 221. Overigens kan premiedifferentiatie er ook toe leiden dat de vraag naar dekking uitvalt. Vgl. voor Engelse ervaringen die in deze richting wijzen Michael A. Jones, 'Compensation in the English Health Care Sector', in: J. Dute et al. (eds.), *No-Fault Compensation in the Health Care Sector* (Wenen 2004), p. 183.
- 70 M.C. Rahdert, *Covering Accident Costs* (Philadelphia 1995), p. 113-114.
- 71 Zie M. Faure, 'Comparative Analysis', in: M. Faure and H. Koziol (eds.), *Cases on Medical Malpractice in a Comparative Perspective* (Wenen 2001), p. 300-301.
- 72 De anti-Perruche wetgeving introduceerde bijvoorbeeld een verplichte aansprakelijkheidsverzekering voor dienstverleners in de medische sector. Zie Art. L 1142-2 Code de la Santé Publique.
- 73 Zie bijv. American College of Physicians, 'Beyond MICRA – New Ideas for Liability Reform', in: *Annals of Internal Medicine*, 122(1995), p. 466 e.v. en A. Samuels, 'The English Tort System for Medical Mishaps', in: *Medico-Legal Journal*, 72(2004), p. 147. Vgl. *Making Amends* (2003), p. 110; M.G. Faure, 'Economic observations concerning optimal prevention and compensation of

- damage caused by medical malpractice', in: J. Dute et al. (eds.), *No-Fault Compensation in the Health Care Sector* (Wenen 2004), p. 40; N. Summerton, 'Positive and negative factors in defensive medicine: a questionnaire study of general practitioners', in: *BMJ*, 310(1995), p. 27 e.v.
- 74 J. Montgomery, *Health Care Law* (Oxford 2003), p. 209 e.v.; CBO, *Limiting Tort Liability for Medical Malpractice* 2004), p. 6; L. Dubay et al., 'The impact of malpractice fears on cesarean section rates', in: *J. of Health Economics*, 18(1999), p. 491 e.v.; F.A. Sloan et al., 'Tort Liability and Obstetricians' Care Levels', in: *Int. Rev. of Law & Ecs.*, 17(1997), p. 245 e.v.; L. Baldwin et al., 'Defensive Medicine and Obstetrics', in: *JAMA*, 274(1995), p. 1606 e.v. Het Amerikaanse onderzoek dat J. Dijkman, Overconsumptie door claimcultuur? in: Raad voor de Volksgezondheid (red.), *Met het oog op gepaste zorg* (Zoetermeer 2004), p. 175 noemt, rapporteert over wat artsen zéggén over causaal verband. In feite is het – zie de andere vindplaatsen in deze noot – zeer moeilijk om werkelijk correlatie aan te tonen (laat staan causaal verband) tussen gedrag van artsen en (wijzigingen in) het aansprakelijkheidsrecht.
- 75 Vgl. D. Klingman et al., 'Measuring Defensive Medicine Using Clinical Scenario Surveys', in: *Journal of Health Politics, Policy and Law*, 21(1996), p. 185 e.v.
- 76 Zie J. Montgomery, *Health Care Law* (Oxford 2003), p. 210-211.
- 77 Over het onderscheid tussen wat artsen zeggen te doen en werkelijk doen, zie bijv. N. Summerton, 'Positive and negative factors in defensive medicine: a questionnaire study of general practitioners', in: *BMJ*, 310(1995), p. 27 e.v.; L. Dubay et al., 'The impact of malpractice fears on cesarean section rates', in: *J. of Health Economics*, 18(1999), p. 491 e.v.
- 78 Of concreter, laten we de vraag eens voorleggen: heeft de Hoge Raad in het *Kelly*-arrest een nieuwe, eigen standaard neergelegd voor prediagnostisch onderzoek?
- 79 In Amerika is dit onderzocht; zie R.R. Bovbjerg and

- F.A. Sloan, 'No-Fault for Medical Injury: Theory and Evidence', in: *U. Cin. L. Rev.*, 67(1998), p. 105.
- 80 N. Summerton, 'Positive and negative factors in defensive medicine: a questionnaire study of general practitioners', in: *B M J*, 310(1995), p. 27-29 rapporteert over een enquête onder artsen van die strekking, maar hij erkent dat het moeilijk is om het effect van verandering in de kwaliteitszorg en medische standaarden door de tijd heen uit de antwoorden weg te filteren.
- 81 Zie daarover bijv. J. Montgomery, *Health Care Law* (Oxford 2003), p. 169 e.v. Vgl. E. Wicks et al., 'Late Termination of Pregnancy for Fetal Abnormality: Medical and Legal Perspectives', in: *Med. L. Rev.*, (2004), p. 289-290. Over de frictie tussen endogene en exogene standaard zie men C. Newdick, *Who should we treat? – Rights, Rationing, and Resources in the NHS* (Oxford 2005), p. 135 e.v. Vgl. V.A. Sharpe and A.I. Faden, *Medical Harm – Historical, Conceptual, and Ethical Dimensions of Iatrogenic Illness* (Cambridge 1998), p. 100 e.v. Voor Nederland W.R. Kastelein (red.), *Medische aansprakelijkheid* (Den Haag 2003) p.83 e.v.
- 82 Zie het *Kelly*-arrest, r.ov. 4.17.
- 83 Zie J. Dijkman, 'Overconsumptie door claimcultuur?', in: Raad voor de Volksgezondheid (red.), *Met het oog op gepaste zorg* (Zoetermeer 2004), p. 163 e.v. Vgl. J. Montgomery, *Health Care Law* (Oxford 2003), p. 202 e.v., 209 e.v.; L. Mulcahy, 'Threatening Behaviour? The challenge posed by medical negligence claims', in: M. Freeman and A. Lewis (eds.), *Law and Medicine* (Oxford 2000), p. 81 e.v. R.W.M. Giard, *Aansprakelijkheid van artsen – Juridische theorie en medische praktijk (diss. Leiden)* (Den Haag 2005), p. 225 noemt het risico een reële mogelijkheid.
- 84 Er is enig bewijs dat premiestijging gevolgen heeft voor de perceptie van artsen van 'defensive medicine'. Zie D.M. Studdert et al., 'Defensive Medicine Among High-Risk Specialist Physicians in a Volatile Malpractice Environment', in: *JAMA*, 293(2005), p. 2609 e.v.

- 85 *Making Amends* (2003), p. 116 e.v.; D.M. Studdert and T.A. Brennan, 'No-Fault Compensation for Medical Injuries – The Prospect for Error Prevention', in: *JAMA*, 286(2001), p. 218; D.M. Studdert and T.A. Brennan, 'Toward a Workable Model of "No-Fault" Compensation for Medical Injury', in: *Am J. L. & Med.*, 27(2001), p. 228. Over de psychologische kant van het toegeven van falen onder artsen, zie V.A. Sharpe and A.I. Faden, *Medical Harm – Historical, Conceptual, and Ethical Dimensions of Iatrogenic Illness* (Cambridge 1998), p. 137 e.v. Ik ben overigens benieuwd wat een dergelijk onderzoek onder advocaten of rechters voor uitkomsten zou brengen.
- 86 Vgl. H.J.J. Leenen et al., *Handboek gezondheidsrecht 11* (*Gezondheidszorg en recht*) (Houten 2002), p. 299. Overigens zou ook de educatie van advocaten en rechters in dit opzicht onder de loep mogen worden genomen. Vgl. *Making Amends* (2003), p. 128.
- 87 Ook ligt er m.i. een taak van ziekenhuizen bij het verlenen van post-traumatische opvang voor medische teams die met perinataal letsel geconfronteerd worden. Een dergelijke taak kan m.i. worden gegrond op art. 7:658 BW (ook voor zelfstandige specialisten, zie lid 4).
- 88 D. Dewees et al., *Exploring the Domain of Accident Law – Taking the facts seriously* (New York 1996), p. 95 e.v. (bewijs voor de v s).
- 89 Zie B.A.J.M.de Mol, 'Was mijn dokter goed genoeg?' in: P. Lens en Ph. Kahn (red.), *Over de schreef – over functioneren en disfunctioneren van artsen* (Utrecht 2001), p. 177 e.v.; H.B.M. van de Wiel and J. Wouda, 'Wat nou, over de schreef?', in: P. Lens en Ph. Kahn (red.), *Over de schreef – over functioneren en disfunctioneren van artsen* (Utrecht 2001), p. 195 e.v. Vgl. V.A. Sharpe and A.I. Faden, *Medical Harm – Historical, Conceptual, and Ethical Dimensions of Iatrogenic Illness* (Cambridge 1998), p. 121 e.v., L. Mulcahy, 'Threatening Behaviour? The challenge posed by medical negligence claims', in: M. Freeman and A. Lewis (eds.), *Law and Medicine* (Oxford 2000), p. 98-99.

- 90 Vgl. F.A. Sloan et al., 'The Road from Medical Injury to Claims Resolution: How No-Fault and Tort Differ', in: *Law and Contemporary Problems*, 60(1997), p. 35 e.v.
- 91 *Making Amends* (2003), p. 115; L. Mulcahy, 'Threatening Behaviour? The challenge posed by medical negligence claims', in: M. Freeman and A. Lewis (eds.), *Law and Medicine* (Oxford 2000), p. 98.
- 92 F.A. Sloan et al., 'The Road from Medical Injury to Claims Resolution: How No-Fault and Tort Differ', in: *Law and Contemporary Problems*, 60(1997), p. 50 e.v. Vgl. L. Mulcahy, 'Threatening Behaviour? The challenge posed by medical negligence claims', in: M. Freeman and A. Lewis (eds.), *Law and Medicine* (Oxford 2000), p. 98, en *Making Amends* (2003), p. 110: '(...) even patients who receive compensation often remain dissatisfied if they do not also receive the explanations or apologies they seek or reassurance about the action taken to prevent repetition.'
- 93 Zie over de immateriële schade van de familie K. Whetten-Goldstein et al., 'Compensation for Birth-Related Injury', in: *Arch. Pediatr. Adolesc. Med.*, 153(1999), p. 44. Vgl. *Making Amends* (2003), p. 46.
- 94 Voor een overzicht zie bijv. J.M. Boot and M.H.J.M. Knapen, *De Nederlandse gezondheidszorg* (Houten 2005), p. 99 e.v., p. 165 e.v.
- 95 Ik zou niet zo ver willen gaan als M. G. Faure, 'Economic observations concerning optimal prevention and compensation of damage caused by medical malpractice', in: J. Dute et al. (eds.), *No-Fault Compensation in the Health Care Sector* (Wenen 2004), p. 57-58, die stelt dat de meeste medische kosten en het inkomensverlies voor het gezin goeddeels door het sociale zekerheidsrecht afgedekt zijn (in dezelfde zin als Faure overigens B.A. Koch and H. Koziol, 'Compensation in the Austrian Health Care Sector', in: J. Dute et al. (eds.), *No-Fault Compensation in the Health Care Sector* (Wenen 2004), p. 119). Mijn indruk bij geboorteschades is in elk geval – maar het zou nader onderzocht moeten worden – dat het sociale zekerheids-

- recht hier zeker niet in de buurt komt van ‘full compensation’. Zo ook voor Engeland: P. Walsh, ‘Clinical Negligence Reforms Finally on the Way’, in: *Journal of Personal Injury Law*, (2005), p. 267 e.v.
- 96 Over voor- en nadelen van lump sums bijv. al Lord Pearson, *Royal Commission on Civil Liability and Compensation for Personal Injury Report Vol. I* (London 1978), p. 122 e.v.
- 97 Department of Health, *Making Amends – A consultation paper setting out proposals for reforming the approach to clinical negligence in the NHS* (2003), p. 115; M.A. Jones, ‘Compensation in the English Health Care Sector’, in: J. Dute et al. (eds.), *No-Fault Compensation in the Health Care Sector* (Wenen 2004), p. 182-183. Vgl. J.C.J. Dute et al., *Onderzoek No-fault compensatiesysteem* (2002), p. 190.
- 98 Vgl. ook S.C.P. Giesen en R.P.J.L. Tjittes, in: S.D. Lindenberg et al., *Schade: vergoeden of beperken?* (Den Haag 2004), p. 73 e.v.
- 99 M. G. Faure, ‘Economic observations concerning optimal prevention and compensation of damage caused by medical malpractice’, in: J. Dute et al. (eds.), *No-Fault Compensation in the Health Care Sector* (Wenen 2004), p. 62. Vgl. H. Koziol, ‘Deficiency of Regulation and Approach to Solutions: Conclusions from the Comparative Research’, in: M. Faure and H. Koziol (eds.), *Cases on Medical Malpractice in a Comparative Perspective* (Wenen 2001), p. 315 e.v.
- 100 B.A. Koch and H. Koziol, ‘Compensation in the Austrian Health Care Sector’, in: J. Dute et al. (eds.), *No-Fault Compensation in the Health Care Sector* (Wenen 2004), p. 116 e.v.
- 101 Ik merk op dat dit ook kan worden bereikt in een aangepast aansprakelijkheidssysteem.
- 102 Zie over de problemen van causaal verband binnen een no-fault systeem *Making Amends* (2003), p. 104-105. Zie ook H. Koziol, ‘Deficiency of Regulation and Approach to Solutions: Conclusions from the Comparative Research’, in: M. Faure and H. Koziol (eds.), *Cases on Medical*

- Malpractice in a Comparative Perspective* (Wenen 2001), p. 317-318.
- 103 § 766.309 (1) (a) Florida Statutes.
- 104 *Making Amends* (2003), p. 47. Vgl. A.T.M. Verhoeven, in: *Letsel & Schade* (2002), p. 5-7.
- 105 Zie over deze verschijnselen o.a. M. G. Faure, 'Economic observations concerning optimal prevention and compensation of damage caused by medical malpractice', in: J. Dute et al. (eds.), *No-Fault Compensation in the Health Care Sector* (Wenen 2004), p. 66 e.v. Zie ook, vanuit een meer algemeen uitgangspunt, Ken Oliphant, 'Beyond Woodhouse: Devising New Principles for Determining ACC Boundary Issues', in: *Vict. U. Wellington L. Rev.*, (2004), p. 916-917.
- 106 Met betrekking tot de afweging tussen specifieke regimes en algemene compensatieregimes in dit verband zie J.C.J. Dute et al., *Onderzoek No-fault compensatiesysteem*, p. 202 e.v.
- 107 Vgl. P. Cane, *Atiyah's Accidents, Compensation and the Law* (London 1999/2004), p. 299.
- 108 Zie bijv. de berekeningen van P. Fenn et al., 'The Economics of Clinical Negligence Reform in England', in: *The Economic Journal*, 114(2004), p. F288 e.v. Vgl. *Making Amends* (2003), p. 106-107.
- 109 Zie over de culturele kloof tussen aansprakelijkheidsrecht en solidariteitssystemen al A.A. Ehrenzweig, *Psychoanalytical Jurisprudence* (Leiden 1971), p. 242 e.v.
- 110 Daarover nader W.H. van Boom, 'Een uiting van maatschappelijke betrokkenheid', in: *AV & S* (2005), p. 60 e.v.
- 111 Vgl. H.J.J. Leenen et al., *Handboek gezondheidsrecht 11 (Gezondheidszorg en recht)* (Houten 2002), p. 299.
- 112 A. Merry and A. McCall Smith, *Errors, Medicine and the Law* (Cambridge 2001), p. 4 e.v.; D.M. Studdert and T.A. Brennan, 'No-Fault Compensation for Medical Injuries – The Prospect for Error Prevention', in: *JAMA*, 286(2001b), p. 217 e.v.; D. Dewees et al., *Exploring the Domain of Accident Law – Taking the facts seriously* (New

- York 1996), p. 97-98. Zie ook het onderzoek genoemd bij L.L. Morlock and F.E. Malitz, 'Do Hospital Risk Management Programs Make a Difference?' in: *Law and Contemporary Problems*, 54(1991), p. 1 e.v. alsook Raad voor Gezondheidsonderzoek, *Advies Onderzoek Patient-veiligheid* (Den Haag 2005).
- 113 R.R. Bovbjerg and F.A. Sloan, 'No-Fault for Medical Injury: Theory and Evidence', in: *U. Cin. L. Rev.*, 67(1998), p. 103
- 114 Art. L. 1142-29 CSP (ingevoegd bij wet no. 2004-810 van 13 August 2004). Over ONIAM zie men Y. Lambert-Faivre, *Droit du dommage corporel – Systèmes d'indemnisation* (Paris 2004), p. 707 e.v.; Ph. Brun, 'France', in: H. Koziol and B.C. Steininger (eds.), *European Tort Law 2002* (Wenen 2003), p. 186 e.v.; D. Fairgrieve, *State Liability in Tort* (Oxford 2003), p. 255 e.v.
- 115 Y. Lambert-Faivre, *Droit du dommage corporel – Systèmes d'indemnisation* (Paris 2004), p. 825.
- 116 § 766.105 Florida Statutes.
- 117 F.A. Sloan et al., 'The influence of obstetric no-fault compensation on obstetricians' practice patterns', in: *Am J Obstet Gynecol*, 179(1998), p. 675.
- 118 Vgl. ook R.R. Bovbjerg and F.A. Sloan, 'No-Fault for Medical Injury: Theory and Evidence', in: *U. Cin. L. Rev.*, 67(1998), p. 111, die aangeeft dat de onderzochte no-fault systemen hier te weinig aandacht aan besteden.
- 119 Vgl. H. Koziol, 'Deficiency of Regulation and Approach to Solutions: Conclusions from the Comparative Research', in: M. Faure and H. Koziol (eds.), *Cases on Medical Malpractice in a Comparative Perspective* (Wenen 2001), p. 315-316.
- 120 Daarover bijv. verfrissend het rapport Better Regulation Task Force, *Better Routes to Redress*, London 2004.
- 121 Vgl. M.C. Rahdert, *Covering Accident Costs* (Philadelphia 1995), p. 2-3.
- 122 Over de noodzaak tot nader onderzoek in dit opzicht

- A. Towse and P. Danzon, 'Medical Negligence and the NHS: an economic analysis', in: *Health Economics*, 8(1999), p. 93 e.v.
- 123 Vgl. R.W.M. Giard, *Aansprakelijkheid van artsen – Juridische theorie en medische praktijk* (diss. Leiden) (Den Haag 2005), p. 90 e.v. In Florida is iets dergelijks eenvoudiger omdat verzekeraars verplicht zijn hun medewerking te geven aan dergelijk onderzoek, aldus N. Vidmar et al., 'Uncovering the "Invisible" Profile of Medical Malpractice Litigation: Insights from Florida', in: *DePaul L. Rev.*, 54(2005), p. 318. De problemen in de verzekeringsmarkt zijn daar dan ook buitengewoon ernstig.
- 124 Zie vindplaatsen in nt. 8.
- 125 Schade cijfers Medirisk Obstetrie & Gynaecologie 1993 t/m 2004. Nota bene: het gaat hier om *het totaal* van de schadelast, en dus niet alleen de hersenbeschadiging waar in Engeland mee gerekend wordt.
- 126 Bijvoorbeeld omdat *Medirisk* niet de verzekeraar van academische ziekenhuizen is, relatief kort bestaat en sommige claims nog lopen.
- 127 Zie over het rechtsgelijkheidsargument bijv. ook H. Koziol, 'Deficiency of Regulation and Approach to Solutions: Conclusions from the Comparative Research', in: M. Faure and H. Koziol (eds.), *Cases on Medical Malpractice in a Comparative Perspective* (Wenen 2001), p. 315 e.v.
- 128 J.C.J. Dute et al., *Onderzoek No-fault compensatiesysteem* (ZonMw 2002), p. 233.
- 129 Vgl. M. Mikkonen, 'Compensation in the Finnish Health Care Sector', in: J. Dute et al., *No-Fault Compensation in the Health Care Sector* (Wenen 2004), p. 199. F.A. Sloan et al., 'The influence of obstetric no-fault compensation on obstetricians' practice patterns', in: *Am J Obstet Gynecol*, 179(1998), p. 671 e.v. rapporteren tevredenheid onder medici met het no-fault systeem. Daarentegen is er ook onderzoek dat artsen onder het Nieuw-Zeeland no-fault systeem terughoudend zijn om mee te werken. Zie P. Davis

- et al., 'Compensation for Medical Injury in New Zealand: Does "No-Fault" Increase the Level of Claims Making and Reduce Social and Clinical Selectivity?' in: *J. of Health Politics, Policy and Law*, 27(2002), p. 850. Een vergelijkbaar gebrek aan medewerking werd aangetroffen in onderzoek naar het Virginia Program; zie F.A. Sloan, *Public Medical Malpractice Insurance* (2004), p. 59-60.
- 130 Sceptisch over het wonder van de no-fault compensatie zijn B.A. Koch and H. Koziol, 'Compensation in the Austrian Health Care Sector', in: J. Dute et al. (eds.), *No-Fault Compensation in the Health Care Sector* (Wenen 2004), p. 118; H. Koziol, 'Deficiency of Regulation and Approach to Solutions: Conclusions from the Comparative Research', in: M. Faure and H. Koziol (eds.), *Cases on Medical Malpractice in a Comparative Perspective* (Wenen 2001), p. 319.
- 131 *Making Amends* (2003), p. 125. Zie over de verplichting tot uitleg J. Montgomery, *Health Care Law* (Oxford 2003), p. 191-192.
- 132 S. Grepperud, 'Medical Errors: Mandatory Reporting, Voluntary Reporting, or Both?' in: *European Journal of Law and Economics*, 20(2005), p. 99.
- 133 Voor een inventarisatie van het probleem voor Nederland zie bijv. Jaarrapport 2003 van de Inspectie voor de Volksgezondheid, m.n. p. 79 e.v.
- 134 Vgl. in algemene zin J.H. Hubben, 'Kroniek van het gezondheidsrecht', in: *NJB* (2003) p. 542.
- 135 Zie de cijfers aangehaald in § 2. Vgl. Lord Pearson, *Royal Commission on Civil Liability and Compensation for Personal Injury Report Vol. 1* (London 1978), p. 306; G. Dworkin, 'Pearson: Implications for Severely-Handicapped Children and Products Liability', in: D.K. Allen et al. (eds.), *Accident Compensation After Pearson* (London 1979), p. 166.
- 136 Vgl. S.C.P. Giesen en R.P.J.L. Tjittes, in: S.D. Lindenberg et al., *Schade: vergoeden of beperken?* (Den Haag 2004), p. 73 e.v.